جامع المدارك

في

شرح المختصر النافع

لسماحة الحجة آية الله

الحاج السيد احمد الخوانساري

قدس سره

مؤسسة اسماعيليان

للطباعة والنشر والتوزيع

ايران قم . تلفون ۲۵۲۱۲

الخوانساري

جامع المدارك

٤

* نـــام کتـــاب : جامع المدارك فی شرح المختصر النافع
* نـــويســـــنده : مرحوم آية الله العظمی حاج سيد احمد خوانساری (قدس سره)
* نـــاشـــــر : مـؤلـف
* تـيـــــراژ : ۳۰۰۰ دوره ، در ٦ مجلد
* نوبـــت چـــاپ : دوّم
* تــاريخ انتشــار : ۱۳٦٤ هـ . ش ـ ۱٤۰٥ هـ . ق

جامع المدارك

في

شرح المختصر النافع

لمؤلفه الفقيه

سماحة الحجة آية الله الحاج السيد احمد الخوانساري

«قدس سره»

علق عليه علي اكبر الغفاري

الناشر

مكتبة الصدوق

طهران - بازار - سراي اردبيهشت

جنب مسجد سلطاني تلفن ٥٣٦٥١٣

الجزء الرابع

الطبعة الثانية

١٤٠٥ هـ ق

ليتوگرافي ، چاپ وصحافي : اسماعيليان ـ قم

كتاب الوقف
والصدقات والهبات

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله ربّ العالمين ، الصلاة و السلام على محمّد و آله الطاهرين

﴿ أمّا الوقف فهو تحبيس الأصل وإطلاق المنفعة ولفظه الصريح «وقفت» وماعداه يفتقر إلى القرينة الدّالة على التأبيد ، و يعتبر فيه القبض ولو كان لمصلحة كالقناطر أو موضع عبادة كالمساجد قبضه الناظر فيها ، ولو كان على طفل قبضه الوليّ كالأب و الجدّ للأب أو الوصيّ . ولو وقف عليه الأب أو الجدّ صحّ لأنّه مقبوض بيده ﴾ .

حقيقة الوقف تحبيس الأصل و تسبيل المنفعة أو الثمرة ، وليس المراد من المنفعة ما يقابل العين ، فإنّ مياه القنوات أعيان و مع ذلك تعدّ منافع ويصحّ الوقف باعتبار تسبيلها ، ولعلّ التعبير بالتسبيل أولى من الإطلاق حيث أنّ التسبيل المراد منه جعل الشيء في سبيل الله و هو المناسب بجعل الوقف من الصدقات المعتبر فيها قصد القربة ، و ظاهر كلماتهم قدّست أسرارهم اعتبار اللّفظ الصريح أو ما يقوم مقامه ممّا كان مقروناً بالقرينة الدّالة على التأبيد و تقريب هذا بأنّ العين الموقوفة لابدّ من خروجها عن ملك الواقف ، فكلّ ما يحتمل مدخليّته في تحقّق الوقف لابدّ من إحرازه .

ويمكن أن يقال بعد صدق الصدقة مع عدم اللّفظ كما لو بنا مسجداً بقصد المسجديّة

أو بنا قنطرة لعبور المسلمين أو بنا مدرسة لطلاب العلوم الدينية يكون ماصدق عليه مشمولا لمادل على ترتب المثوبة وهو لازم الصحة ومع فرض كون الوقف عقداً محتاجاً إلى الايجاب والقبول يكون مشمولا لعموم « أوفوا بالعقود » بل لعموم « المؤمنون عند شروطهم » بناء على صدق الشرط على الالتزام ، و لو لم يكن في ضمن التزام آخر ، هذا مضافاً إلى سيرة المسلمين حيث يعاملون معاملة الوقفية بالنسبة إلى المساجد والمدارس والمشاهد الشريفة وما يصرف في عمارتها بمجرد البناء و العمارة بقصد الوقفية مع عدم الانشاء اللفظي الصريح أو ما يقوم مقامه .

و أما التأبيد في الحبس فالظاهر أنه مجمع عليه ولولا الاجماع لأشكل إثبات لزومه بما استدل به من الأخبار المتضمنة لأوقاف الأئمة صلوات الله عليهم لامكان أن يكون التأبيد المذكور فيها قيداً من دون المدخلية في حقيقة الوقف كما أن التأبيد غير مأخوذ في حقيقة الوقف المفسر بالتحبيس .

وهل يكون الوقف من العقود يعتبر فيه القبول مطلقاً أولا يعتبر فيه مطلقاً فيكون من الايقاعات أو يفصل بين الوقف على الجهات العامة كالمساجد و المقابر ونحوهما ، و الوقف على العناوين الكلية كالوقف على الفقراء و بين الوقف الخاص كالوقف على الذرية؟ يمكن أن يقال : إن احتمل مدخلية القبول في حقيقة الوقف فلا مجال للتفصيل بل لابد في الوقف من اعتبار القبول لأنه مع فرض وجود إطلاق يدل على محبوبية الوقف لابد من إحراز الوقفية ، وإن لم يحتمل المدخلية في حقيقته فمع وجود الاطلاق يرفع اعتباره مطلقاً ، و مع عدم الاطلاق لابد من الاحتياط بناء على ماهو المعروف من أصالة الفساد في المعاملات ، نعم بناء على جريان أصالة عدم الاعتبار تمسكاً بحديث الرفع في أمثال المقام ينفي الاعتبار و يبعد اعتبار القبول أن القبول لابد أن يكون من طرف العقد أو من يقوم مقامه ، و الطرف في الوقف على الجهات العامة ، والعناوين الكلية لا يكون قابلا لأن يتحقق منه القبول و ما هو المعروف من قبول الحاكم أو الناظر للوقف لم يظهر وجهه فإن الناظر ليس طرفاً للعقد ولا ولياً له ، و الحاكم لم يثبت ولايته بحيث تعم مثل المقام و إن قلنا بالولاية العامة له ، ألا ترى أنه لو وهب شيئاً

للموجودين في البلد الرّجال و النساء و الولدان هل يصحّ قبول الحاكم حتّى يتحقّق الهبة بدون قبول الموهوب لهم أو قبول وكيلهم أو أوليائهم ، و في الوقف الخاصّ المعروف كفاية قبول الموجودين بأنفسهم أو وكيلهم أو أوليائهم مع أنّ الطرف ليس خصوص الموجودين و لاولاية للموجودين على الطبقة اللاحقة المعدومين ، ولايبعد قيام السيرة على معاملة الوقفيّة على المساجد و المقابر و المدارس مع عدم تحقّق القبول بل لايبعد استفادة عدم الاعتبار من الأخبار الواردة في أوقاف الأئمّة صلوات الله عليهم أجمعين و الاحتياط لا ينبغي تركه .

و أمّا اعتبار القبض فالظاهر أنّه لا خلاف فيه و استدلّ عليه بما رواه المشايخ الثلاثة في الصحيح عن صفوان بن يحيى عن أبي الحسن عليه السلام قال : « سألته عن الرّجل يقف الضيعة ، ثمّ يبدو له أن يحدث في ذلك شيئاً ؟ فقال : إن كان وقفها لولده ولغيرهم ثمّ جعل لها قيّماً لم يكن له أن يرجع فيها و إن كانوا صغاراً وقد شرط ولايتها لهم حتّى يبلغوا فيحوزها لهم لم يكن له أن يرجع فيها ، و إن كانوا كباراً ولم يسلّمها إليهم و لم يخاصموا حتّى يحوزوها عنه فله أن يرجع فيها لأنّهم لا يحوزونها عنه و قد بلغوا »[1] .

و ما رواه الصدوق في كتاب كمال الدّين و تمام النعمة بسنده إلى محمّد بن جعفر الأسديّ ، عن محمّد بن عثمان ، عن صاحب الزّمان عليه السلام ، و رواه الطبرسيّ في الاحتجاج[2] عن أبي الحسين محمّد بن جعفر الأسديّ ، عن محمّد بن عثمان ، عن صاحب الزّمان عليه السلام قال : « وأمّا ما سألت عنه من الوقف على ناحيتنا و ما يجعل لنا ثمّ يحتاج إليه صاحبه فكلّ ما لم يسلّم فصاحبه بالخيار و كلّ ماسلّم فلاخيار فيه لصاحبه احتاج أو لم يحتج ، افتقر إليه أو استغنى ـ إلى أن قال: ـ وأمّا ما سألت من أمر الرّجل الّذي يجعل لناحيتنا ضيعة يسلّمها لمن يقوم فيها و يعمرها و يؤدّي من دخلها خراجها و مؤونتها ويجعل ما بقي من الدّخل لناحيتنا فإنّ ذلك جائز لمن جعله صاحب

(١) الوسائل ج ٢ ص ٦٥٢ كتاب الوقوف والصدقات ب ٤ ح ٤ .

(٢) راجع الوسائل ص ٦٥٣ تحت رقم ٨ .

الضيعة قيّماً عليها إنّما لا يجوز ذلك لغيره ».

و يمكن الاستدلال بخبر عبيد بن زرارة ، عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل تصدّق على ولد له قد أدركوا ؟ قال : إذا لم يقبضوا حتّى يموت فهو ميراث ، فان تصدّق على من لم يدرك من ولده فهوجائز لأنّ الوالد هو الّذي يلي أمره ، و قال عليه السلام :لايرجع في الصدقة إذا تصدّق بها ابتغاء وجه الله (1) ».

و تقريب الاستدلال بأنّ الصدقة في لسان الأخبار تطلق على الوقف فإذا كان السؤال عن التصدّق القابل لأن يكون المراد منه الوقف فالجواب باشتراط القبض من دون السؤال عمّا اُريد من المتصدّق يشمل صورة الوقف ، فلايرد ما عن المسالك من احتمال الاختصاص بالصدقة غير الوقف ولاحاجة إلى التمسّك بفهم الأصحاب (قدّس الله أسرارهم) حتّى يستشكل بأنّه مع عدم وجود قرينة على ماذكروا كيف يؤخذ به ، و ما ذكر في المسالك مؤيّداً للحمل على الصدقة غير الوقف ممّا ذكر في آخر الحديث. و قال : «لا يرجع في الصدقة ـ الخ» حيث أنّ الحكم من خواصّ الصدقة الخاصّة لا الوقف يشكل من جهة منع كون هذا الحكم من خواصّ الصدقة الخاصّة .

نعم قد يستشكل في اعتبار القبض في الوقف على الجهات العامّة من جهة اختصاص الأخبار المذكورة بغيره ولا يبعد التمسّك بما في بعضها من التعليل فإنّ قوله عليه السلام على المحكي في الصحيح عن الصفوان « لأنّهم لايحوزونها وقد بلغوا » لعلّه يستظهر منه أنّ الحيازة معتبرة في تماميّة الوقف من دون الاختصاص بخصوص المورد ، وعلى هذا يشكل الاكتفاء في الوقف على الجهات العامّة بقبض الناظر إذا كان خارجاً عن العنوان ، ففي مثل المدارس يتحقّق القبض بتصرّف الطلبة ، و في مثل القناطر يتحقّق بعبور المارّين فمع كون الناظر خارجاً كيف يكتفي بقبضه ، نعم لو وقف أرضاً مثلاً على أن يصرف منافعها لجهة المسجد بأن تصرف للماء اللاّزم للوضوء و السراج و الخادم مثلا فالظاهر كفاية قبض المتولّي للمسجد و مع عدم المتولّي يتصدّى الحاكم أو عدول المؤمنين ، ولو كان الوقف على الطفل بقبض وليّه من الأب و الجدّ و الوصيّ و المراد منه الّذي جعله

(1) المصدر ص ۶۵۳ ب ۴ تحت رقم ۵ :

الأب الوليّ أوالجدّ للأب قيّماً على الطفل ، و الدّليل على كفاية قبض الوليّ صحيح صفوان و خبر عبيد بن زرارة ، و على كفاية قبض القيّم ما دلّ على كونه قائماً مقام الوليّ الشرعيّ . ولووقف الأب أو الجدّ للأب كفى كون العين الموقوفة بيده في القبض لكن الظاهر اعتبار قصد كونها بيده بعنوان كونها راجعة إلى المولّى عليه فمع الغفلة وعدم التوجّه يشكل الكفاية ، و هذا بملاحظة التعليل المذكور في بعض الأخبار بأنّه يلي أمره .

﴿ والنظر إمّا في الشروط أو اللّواحق . والشروط أربعة أقسام الأوّل في الوقف ويشترط فيه التنجيز ، و الدّوام ، و الإقباض ، و إخراجه عن نفسه ، فلو كان إلى أمد كان حبساً ، ولوجعله لمن ينقرض غالباً صحّ . ويرجع بعد موت الموقوف عليه إلى ورثة الواقف طلقاً ، و قيل ينتقل إلى ورثة الموقوف عليه ، و الأوّل مرويّ ، ولو شرط عوده عند الحاجة فقولان أشبههما البطلان ﴾ .

أمّا اشتراط التنجيز فهو المشهور بل ادّعى الإجماع عليه فإن تمّ وإلّا فلا دليل عليه من الأخبار وفي الحدائق لم أقف عليه في جملة من كتب المتقدّمين وقد يقال ظاهر مادلّ على تسبيب الأسباب ترتّب آثارها حال وقوعها . ويشكل من جهة أنّ المراد من الأثر إن كان هو مالاحالة منتظرة معه فمن المعلوم أنّ الإيجاب قبل مجيىء القبول وكذا القبول قبل تحقّق القبض فيما يعتبر فيه القبض لا يترتّب عليهما الأثر بهذا المعنى حال وقوعهما ، و إن كان المراد مايترتّب عليهما من حيث الجزئيّة فالاثر بهذا المعنى غير متخلّف كما في الوجوب المشروط ، فالعمدة الإجماع إن تمّ كما في سائر العقود و الإيقاعات ولايخفى أنّ نظرهم إلى اعتبار عدم التعليق على غيرماهو معلّق عليه شرعاً وعند العقلاء فلو علّق البيع على الملكيّة و الوقف على الملكيّة فالظاهر عدم الإشكال فيه كما لو علّق الطلاق على الزّوجيّة لأنّ التعليق في أمثال هذه محقّق .

وأمّا اشتراط الدّوام فقد سبق الكلام فيه .

و أمّا اعتبار الإقباض الظاهر في كونه بإذن الواقف فلا يكتفى بالقبض بدون الإذن فهوالمشهور وقد يستدلّ عليه بماورد عن صاحب الزّمان أرواحنا له الفداء وفيه

« فكلُّ مالم يسلّم فصاحبه بالخيار ، و كلُّ ما سلّم فلاخيار » لكن في صحيح صفوان « فله أن يرجع فيها لأنّهم لايحوزونها » و ظاهره كفاية الحيازة ، ولو لم يكن بإذن الواقف ، ومع التعارض لا يبعد التمسّك بعموم ما دلّ على ترتّب المثوبة على الصدقة الجاريّة حيث أن ترتّبها فرع الصّحة فتأمّل .

و قد يعلّل لزوم الإذن بأنّه بدون الإذن تصرّف في مال الغير بدون إذنه و هو حرام ، و يرد عليه أوّلاً أنّه أخصُّ من المدّعى لإمكان أن يكون العين الموقوفة بيد الموقوف عليه بعنوان العارية أو الوديعة أو يكون الموقوف عليه وكيلاً مجازاً في التصرُّف . والإذن في ضمن العارية أو الوديعة أو الوكالة غير مربوط بالإذن بعنوان الوقفيّة ، و ثانياً أنّه مع فرض الحرمة التكليفيّة نقول لا منافاة بين هذه الحرمة و بين صحّة الوقف وضعاً و قد سبق نظير هذا الكلام في القبض المعتبر في الرّهن في كتاب الرّهن .

وأمّا اعتبار إخراجه عن نفسه فالظاهر عدم الخلاف فيه إلّا ما حكي عن ابن الجنيد و استدلّ عليه بمكاتبة عليّ بن سليمان إلى أبي الحسن عليه السلام « جعلت فداك ليس لى ولد ولي ضياع ورثتها عن أبي وبعضها استفدتها و لا آمن الحدثان ، فإن لم يكن لي ولدٌ وحدث بي حدث فما ترى جعلت فداك لي أن أقف بعضها على فقراء إخواني والمستضعفين أو أبيعها و أتصدّق بثمنها عليهم في حياتي فإنّي أتخوّف أن لاينفذ الوقف بعد موتي، فإن وقفتها في حياتي فلي أن آكل منها أيّام حياتي أم لا ؟ فكتب عليه السلام فهمت كتابك في أمر ضياعك فليس لك أن تأكل منها من الصدقة فإن أنت أكلت منها لم تنفذ إن كان لك ورثة فبع وتصدّق ببعض ثمنها في حياتك ، وإن تصدّقت أمسكت لنفسك مايقوتك مثل ما صنع أمير المؤمنين عليه السلام [1] » .

و خبر طلحة بن زيد عن أبي عبدالله عليه السلام عن أبيه « إنّ رجلاً تصدّق بدار له و هو ساكن فيها فقال عليه السلام : الحين اخرج منها [2] » .

و نوقش بأن الخبرين مع عدم و فائهما بجميع صور المسألة يمكن الخدشة في

(١) و (٢) الوسائل كتاب الوقوف والصدقات ب ٣ تحت رقم ١ و ٢ .

دلالتهما ، أمّا الخبر فواضح إذليس مقتضاه إلاّ وجوب الخروج عن الدّار بعد أن وقفها على غيره ولا دلالة فيه على عدم جواز الوقف على نفسه ، وأمّا المكاتبة فالظاهر أنّه أيضاً كذلك فالمراد أنّه إذا وقف على الفقراء لايجوز أن يأكل مادام حياته ، ولا دلالة فيها على عدم جواز أن يجعل شيئاً من الوقف لنفسه مدّة حياته ، و يمكن أن يقال : لعلّ نظر المستدلّ بالخبر المذكور إلى أنّه مع صدق العنوان الموقوف عليه على الواقف ليس له أن تسكن فيها فإنّه مع كون الوقف على الغير لاشبهة في كون الواقف أجنبيّاً ليس له التصرّف و لاأقلّ من شمول مورد السؤال إن كان سؤال في البين لما ذكر من صدق العنوان على نفس الواقف فإذا لم يجز له التصرّف في هذه الصورة فلعلّ صورة الوقف على نفسه بالاستقلال لاتصحّ بطريق أولى . وأمّا المكاتبة فلعلّ نظر المكاتب إلى أنّه مع الوقف على المستضعفين وكون نفسه منهم يجوز له أن يأكل منه أم لا ، فاُجيب بعدم الجواز و إلاّ فالوقف على الإخوان كيف يجوز للواقف الخارج أن يأكل منه حتّى يحتاج إلى السؤال و لاأقلّ من احتمال كون نظر السائل إلى ماذكر فالجواب بالمنع مع هذا الاحتمال يشمل هذه الصورة وإلّا للزم السؤال عن مراد السائل ، ثمّ إنّه بعد الفراق عن اعتبار التأبيد في الوقف فلوجعله إلى أمد كان حبساً ولا يكون باطلاً كما قيل لكفاية قصد حقيقة الحبس وهو متحقّق وتخيّل أنّه وقف يترتّب عليه آثار الوقفيّة لايضرّ ولم يؤخذ في مفهوم الوقف التأبيد حتّى يقال مع قصد الوقف في الإنشاء كيف يتحقّق ماهومباين له ، ولامجال أيضاً لدعوى التباين من جهة أنّ مقتضى الوقف الخروج عن ملك الواقف و الدّخول في ملك الموقوف عليه ، ومقتضى الحبس عدم الخروج عن ملك الحابس لأنّ الخروج عن ملك الواقف في الوقف من جهة التأبيد وهو منتف .

و يمكن أن يقال ما ذكر من أنّه إذا جعله إلى أمد يكون حبساً في ما يكون قابلاً للبقاء ، وأمّا ما لا يكون قابلاً للبقاء و ذا منفعة فلامانع من كونه إلى أمد يكون منتهى ماليّته وكونه ذا منفعة فلامانع من كونه وقفاً مع ذكر الأمد و خروجه عن ملك الواقف حيث انّه كما أنّ الحبس الأبدي لا يلائم مع بقاء الملكيّة و الماليّة للواقف عند العقلاء كذلك لو حبس ما لعمره أمد إلى آخر عمره لايلائم حبسه كذلك مع بقائه

على الملكيّة والماليّة للحابس ، نعم لو وقف مثل بستان أو دار و نحوهما ممّا له عنوان خاصّ ينتفع بمع بقاء العنوان فزال العنوان كأن صار البستان عرصةً وانهدمت الدّار و صارت عرصة لا يخرج الأرض في مثل الدّار و البستان بل و الأشجار اليابسة عن الماليّة مع حفظ الدّوام .

و أمّا لو جعله لمن ينقرض غالباً فالمشهور أنّه صحّ وقفاً و مقتضى القاعدة بقائه على ملك الحابس ومع موته قبل الانقراض يرجع إلى من يرثه عند الموت ولم يظهر فرق بين الوقف بهذا النحو و الحبس كما ذكر قولاً آخر به ، نعم من التزم بأنّ العين الموقوفة تنتقل إلى الموقوف عليه و تخرج عن ملك الواقف يفرق بين الوقف و الحبس في المقام حيث إنّه على الوقف يخرج عن ملك الواقف بخلاف القول بكونه حبساً لكن مع ذلك إن قلنا بأنّه بعد الانقراض ينتقل إلى ملك ورثة الواقف حين موته لا تظهر ثمرة ، و إن قلنا بالانتقال إلى ورثته حين انقراض الموقوف عليه تظهر الثمرة لكن الحقّ أنّه لا دليل على انتقال العين الموقوفة إلى الموقوف عليه ، غاية الأمر في الوقف المؤبّد حيث إنّه لا أمد له لا يعتبر العقلاء الملكيّة للواقف ولا يوجب هذا كون العين الموقوفة ملكاً للموقوف عليهم أو للجهة ولا مانع من كونها بلا مالك ، و ما ذكر لا يجري في الوقف المنقطع ، واستدلّ على الصّحة و إن كان حبساً في الواقع بصحيح ابن مهزيار « قلت له: روى بعض مواليك عن آبائك عليهم السلام إنّ كلّ وقف إلى وقت معلوم فهو واجبٌ على الورثة و كلُّ وقف إلى غير وقت جهل مجهول فهو باطل مردودٌ على الورثة و أنت أعلم بقول آبائك عليهم السلام ؟ فكتب عليه السلام هو كذلك عندي »[1].

وقد يقال : إنّ المراد من التوقيت وعدمه فيه هو ذكر الموقوف عليه وعدمه بقرينة صحيح الصفّار « كتبت إلى أبي محمد عليه السلام أسأله عن الوقف الّذي يصحّ كيف هو ، فقد روي أنّ الوقف إذا كان غير موقّت فهو باطلٌ مردودٌ على الورثة ، و إذا كان موقّتاً فهو صحيح ممضى ، و قال قوم : إنّ الموقّت هو الّذي يذكر فيه أنّه وقف على فلان و عقبه فإذا انقرضوا فهو للفقراء و المساكين إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها ، قال:

---

(١) الوسائل ج٢ ص٦٥٥ ب ٧ تحت رقم ١ :

وقال آخرون: هو موقّت إذا ذكر أنّه لفلان وعقبه ما بقوا، ولم يذكر في آخره الفقراء والمساكين إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها، والّذي هو غير موقّت أن يقول: هذا وقفٌ ولم يذكر أحداً فما الّذي يصحّ من ذلك والّذي يبطل؟ فوقّع عليه السلام: الوقوف بحسب مايوقفها أهلها إن شاء الله [١]».

وأورد على هذا القائل أوّلاً أنّ كلاًّ منهما يعني الخبرين خبر مستقل ولا وجه لجعل أحدهما قرينة على الآخر بل اللاّزم الأخذ بمفاد كلٍّ منهما، وثانياً أنّه يمكن حمل الثاني أيضاً على إرادة المدّة من التوقيت فيه ويكون ذكر الموقوف عليه على الوجه المذكور لبيان المدّة وحاصل السؤال أنّ الموقّت فسّر بوجهين أحدهما مع التأبيد والآخر بدونه فأيّهما الصحيح، ومقتضى قوله عليه السلام «الوقوف - إلى آخره» صحّة كلٍّ منهما.

ويمكن أن يقال: إنّ ما ذكر من الإيراد أوّلا على قول القائل يشكل من جهة أنّه يظهر أنّ الوقف الموقّت والغير الموقّت كانا معروفين ويريد السائل السؤال عن المراد بعد معلوميّة اختلاف حكمهما، فالظاهر أنّ الوقف الموقّت بكلا المعنيين صحيح وإن كان ما لم يذكر فيه التأبيد حبساً حقيقة في مقابل الوقف المؤبّد.

وأمّا شرط العود إلى نفسه عند الحاجة فالمحكيُّ عن الأكثر صحّته وعن جماعة البطلان واستدلّ للقول بالبطلان بخبر إسماعيل بن الفضل عن أبي عبدالله عليه السلام «عن الرّجل يتصدّق ببعض ماله في حياته في كلّ وجه من وجوه الخير وقال: إن احتجت إلى شيء من المال فأنا أحقُّ به، ترى ذلك له؟ وقد جعله لله يكون له في حياته فإذا هلك الرّجل يرجع ميراثاً أو يمضي صدقةً؟ قال عليه السلام: يرجع ميراثاً على أهله» [٢].

ونقله في المسالك وقال: «إن احتجت إلى شيء من مالي أو من غلّته فإنّي أحقُّ به أله ذلك وقد جعله لله؟ وكيف يكون حاله إذا هلك الرّجل أيرجع ميراثاً -إلى آخر-».

---

(١) المصدر ب ٧ تحت رقم ٢.
(٢) المصدر ب ٣ تحت رقم ٣.

و خبره الآخر عنه عليه السلام أيضاً « من أوقف أرضاً ثمّ قال: إن احتجت إليها فأنا أحقّ بها ، ثمّ مات الرّجل فإنّها ترجع إلى الميراث » فإنّ حكمه عليه السلام بالرّجوع إلى الميراث بعد السؤال عن صحّة هذا الشرط و عدمها و عن رجوعه ميراثاً و عدمه إذا شرط هذا الشرط في الخبر الأوّل و بالرّجوع إليه في الخبر الثاني بقول مطلق من غير سبق سؤال ظاهر في بطلانه .

و يمكن أن يقال : إنّ الخبر الأوّل ظاهر في أنّ المتصدّق هل له أن يشترط الشرط المذكور مع أنّه جعله لله فكأنّ صحّة التصدّق مفروغ عنها و السؤال عن صحّة الشرط وفسادها فاُجيب ظاهراً بصحّة الشرط المذكور وقرّر على صحّة التصدّق فالخبر دليل على الصحّة لا على الفساد ، والخبر الثاني لولم يكن فيه ما ذكر فيه «فانّها ترجع إلى الميراث» لكان ظاهراً في البطلان ، لكن معه لا ظهور له و لا أقلّ من الإجمال و معه لا مجال لرفع اليد عن ظهور الخبر الأوّل في الصحّة .

﴿ الثاني في الموقوف و يشترط أن يكون عيناً مملوكة ينتفع بها مع بقائها انتفاعاً محلّلاً و يصحّ إقباضها مشاعة كانت أو مقسومة ﴾ .

إذا كان حقيقة الوقف تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة كما يظهر من بعض الأخبار فلابدّ أن يكون الموقوفة عين لها منفعة و اعتبار المملوكيّة بمعنى كونها تحت سلطنة الواقف لأنّه مع عدم السلطنة ليس للواقف التحبيس و التسبيل فما كان الانتفاء به بإتلافه لا يصحّ وقفه ، و على هذا فلا مانع من وقف الدّين و الكلّيّ في الذّمّة مع القابليّة للبقاء و الانتفاع بالمنافع لكن ادّعي الإجماع على عدم الصحّة ، فإن تمّ الاجماع و إلّا فلا مانع حيث يصحّ الاقباض و بقاء العين و الانتفاع بالمنفعة ، و الظاهر أنّ الاجماع في خصوص الكلّيّ في الذّمّه لا الكلّي في المعيّن فإنّ الظاهر أنّ حاله حال المشاع الّذي لا إشكال في صحّة وقفه ، و ما يقال من أنّ المستفاد من قوله صلّى الله عليه و آله «حبس الأصل سبّل الثمرة» وماوقع من وقوف المعصومين اعتبار فعليّة التهيّؤ للمنفعة في الأصل الّذي يراد حبسه ولاريب في انعدام التهيّؤ فعلاً للكلّي المسلّم فيه مثلاً ممنوع .

وأمّا اعتبار كون المنفعة المقصودة محلّلة فلا شبهة فيه حيث إنّ الشارع لم يجوّز

الانتفاع بالمنافع الغير المحلّلة فكيف يمضي الوقف الّذي يكون النظر فيه إلى المنافع المحرّمة كوقف الدّابّة لحمل الخمر مثلاً مضافاً إلى التعبير بالصدقة في لسان الأخبار، و بعد اعتبار الاقباض لابدّ من صحّة الاقباض فلا يصحّ وقف الطير في الهواء و لا وقف العبد الآبق ولو مع الضميمة مع اليأس عن العسور عليه نعم لو قدر الموقوف عليه على القبض مع إذن الواقف فالظاهر الصحّة ، بل لا يبعد الصحّة مع احتمال التمكّن إذا حصل التمكّن ، و لا إشكال و لاخلاف في صحّة وقف العين المشاعة وقبضها كقبض العين المبيعة .

﴿ الثالث في الواقف و يشترط فيه البلوغ ، و كمال العقل ، و جواز التصرّف ، و في وقف من بلغ عشراً تردّدٌ ، المروي جواز صدقته ، و الأولى المنع ، و يجوز أن يجعل الواقف النظر لنفسه على الأشبه ، وإن أطلق فالنظر لأرباب الوقف﴾ .

لا إشكال في عدم صحّة تصرّفات غير البالغ بالاستقلال، و مع إجازة الوليّ المشهور عدم الصحّة ، و إثباته بحسب الأدلّة مشكلٌ ، وقدمرّ الكلام فيه في كتاب البيع ، و أمّا البالغ عشر سنين فقد اختلفوا في صحّة و قفه ، و المشهور عدم صحّته لعموم مادلّ على عدم صحّة تصرّفات غير البالغ ، و عن المفيد (قدّس سرّه) صحّة وقفه و لعلّه للأخبار الواردة في جواز صدقته بناءً على أنّ المراد منهما يشمل الوقف أيضاً ففي خبر زرارة عن أبي جعفر عليه السلام « إذا أتى على الغلام عشر سنين فإنّه يجوز في ماله ما أعتق أو تصدّق أو أوصى على حدٍّ معروف وحقّ فهو جائز »[1].

و في موثّقة جميل بن درّاج عن أحدهما عليهما السلام « يجوز طلاق الغلام إذا كان قد عقل ، وصدقته و وصيّته و إن لم يحتلم »[2] و في موثّقة الحلبيّ ، و محمّد بن مسلم عن أبي عبدالله عليه السلام « سئل عن صدقة الغلام ما لم يحتلم ؟ قال عليه السلام : نعم إذا وضعها في موضع الصدقة »[3] و قد يستشكل بأنّه يمكن أن يقال إنّ المراد من الصدقة في هذه الأخبار الصدقات الجزئيّة الصادرة منه لا مثل الوقف ، ولا أقلّ من الشكّ فالأقوى عدم الصحّة ، و لم يظهر وجهٌ للإشكال إلّا دعوى الانصراف و هي ممنوعة خصوصاً مع

---

(١) الى (٣) الوسائل كتاب الوقوف و الصدقات ب ١٥ تحت رقم ١ و ٢ و ٣ .

ذكر العتق و الوصيّة و على أيّ تقدير الظاهر عدم الإشكال في صحّة وصيّته للأخبار المأمول بها فإذا أوصى بالوقف صحّ عنه وقف الوصيّ.

و أمّا اشتراط كمال العقل و جواز التصرّف فإن كان النظر فيه إلى إخراج المجنون فوجهه واضح و إن كان النظر إلى إخراج السفيه فمن جهة ممنوعيّته بالنسبة إلى أمواله، و أمّا تصرّفاته بالنسبة إلى مال الغير كما لو وكّله الغير أو كان وصيّاً فلا مانع له.

وأمّا جوازجعل النظر لنفسه فالظاهرعدم الإشكال فيه واستدلّ عليه بمادلّ على وجوب الوفاء بالشروط إلّا ما أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً و لا يبعد التمسّك بما في التوقيع الخارج من الناحية المقدّسة «و أمّا ما سألت من أمر الرّجل الّذي يجعل لناحيتنا ضيعة يسلّمها من قد يقوم بها و يعمرها ويؤدّي من دخلها خراجها و مؤونتها و يجعل ما يبقى من الدّخل لناحيتنا فإن ذلك لمن جعله صاحب الضيعة قيّماعليها إنّما لايجوز ذلك لغيره ـالحديث»[1] بملاحظةذيله «فانّ ذلك لمن جعلهـالخ» فإنّه يشمل نفسه إلّاأن يقال : لم يعلم كون الضيعة وقفاً ولعلّها كانت حبساًفلم يخرج عن ملك الحابس و من المعلوم أنّ الاختيار للمالك.

و أمّا التمسّك بما دلّ على وجوب الوفاء بالشروط فلا يخلو عن الاشكال لأنّه إن كان الشرطخصوص ما كان فيضمن العقدكالبيع و الإجارة فشموله للمقام مبنيّ على كون الوقف من العقود، و فيه إشكال، ثمّ إنّ ظاهر مادلّ على وجوب الوفاء أنّ ما شرط على نفسه يجب الوفاء به وليس كون النظر لنفسه أو لغيره ممّا شرط على نفسه حتّى يجب الوفاء، نعم إن كان مفاد الأدلّة لزوم كلّ شرط كلزوم العقد أمكن الاستدلال بهمع قطع النظر عمّا ذكر، و يمكن التمسّك لصحّة جعل التولية للغير بحكاية صدقةالكاظم عليه السلام[2] بأرضه وقد جعل على المحكيّ الولاية فيها إلى الرّضا عليه السلام و ابنه إبراهيم ثمّ على من بعدهم على الترتيب المذكورفي الخبر، وأمّا التمسّك بما ورد من «أنّ الوقوف

---

(۱) تقدم ص ۲.

(۲) راجع الوسائل ج ۲ ص ۶۵۵.

على ما يوقفها أهلها» فلا يخلو عن الاشكال لأنّ تعيين الناظر ليس من كيفيّة الوقف و لا أقل من الشكّ. هذا مع التعيين وأمّا مع عدم التعيين ففيه أقوال فنقول : لا مجال لاحتمال كونه للواقف سواء قلنا بخروج الموقوفة عن ملكه كما في الوقف المؤبّد أم لا كما في الوقف المنقطع الآخر إن قلنا بكونه وقفاً لا حبساً لكون الواقف في الصورة الأولى أجنبيّاً و كذا في الصورة الثانية لأنّ الملكيّة بهذا النحو لا توجب حقّاً للمالك بالنسبة إلى زمان الحبس أو الوقف ألا ترى أنّ الموجر لا حقّ له بالنسبة إلى المنافع الرّاجعة إلى المستأجر و قد يدفع احتمال كون التولية راجعة إلى الموقوف عليهم بأنّهم بالنسبة إلى الطبقة اللاّحقة أجنبيّون و يشكل بأنّ هذا يوجب سلب سلطنتهم بالنسبة إلى الطبقة اللاّحقة دون الطبقة الموجودة و إذا كان منافع العين الموقوفة راجعة إلى صنف خاصّ بنحو التشريك كالوقف على الأولاد ففي الحقيقة تكون المنفعة مشتركه بين أشخاص و هم مسلّطون على أموالهم فلا حاجة إلى تولّي غيرهم من الحاكم أو عدول المؤمنين إلّا مع قصورهم كما لو كانوا صغاراً أو مجانين أو سفهاء ، و مع عدم التشريك كما لو كانوا الموقوف عليهم غير محصورين فلا مانع من كون الموقوف عليهم حالهم حال من اُبيح لهم الأنفال حيث لا يكون تصرّفهم محتاجاً إلى إذن الغير و تعيينه كوقف المعابر و القناطر و المقابر . و ممّا ذكر ظهر أنّه على فرض عدم الملكيّة للموقوف عليهم و كونهم مصرفاً أيضاً لا إشكال ، وممّا ذكر يظهر حال الوقف على الجهات العامّة و الحاصل أنّه لم يظهر وجه للزوم مداخلة الحاكم أو عدول المؤمنين من جهة تصرّف الموقوف عليهم أو تصرّف الناس في الوقف على الجهات ، نعم إذا احتاج العين الموقوفة إلى الإصلاح و العمارة يتولّى الحاكم أو عدول المؤمنين أو غيرهم .

﴿ **الرابع** في الموقوف عليه و يشترط وجوده و تعيينه ، و أن يكون ممّن يملك و أن لا يكون الوقف عليه محرّماً فلو وقف على من سيوجد لم يصحّ ، ولو وقف على موجود و بعده على من يوجد صحّ ، والوقف على البرّ يصرف على الفقراء و وجوه القرب ، ولا يصحّ وقف المسلم على البِيَع والكنائس ، ولو وقف على ذلك الكافر صحّ . و فيه وجه آخر . ولا يقف المسلم على الحربيّ و لو كان رحماً ، ويقف على الذّمّي

و لو كان أجنبياً ﴾ .

أمّا اشتراط وجود الموقوف عليه ففي الجملة لا إشكال فيه ، فمع عدم القابليّة للوجود بعد ذلك كما لو وقف داراً لسكنى زيد فتبيّن موته فلا إشكال في بطلانه لعدم اعتبار العقلاء و أمّا صورة القابليّة للوجود كالوقف على من سيوجد و يوجد بعد الوقف فادّعي الإجماع على بطلانه و علّل بأنّ الملكيّة صفة وجوديّة تستدعي محلّاً موجوداً فإن تمّ الإجماع و إلّا فالوجه المذكور لا يثبت المدّعى لأنّه من المسلّم صحّة الوقف على الطبقة الموجودة و الطبقة اللاحقة المعدومة في زمان الطبقة الموجودة ، و القواعد العقليّة غير قابلة للتخصيص و يرد النقض بتمليك الثمرة المعدومة ، و الظاهر عدم الإشكال في صحّة الوقف على الحجّاج والزوّار و إمام مسجد خاصٍّ مع عدم وجودهم بالعناوين المذكورة في الوقف ، و أمّا لزوم تعيين الموقوف عليه فالظاهر عدم الخلاف فيه فلا يصحّ مع عدم التعيين فإن تمّ الإجماع عليه و إلّا فالوجه العقلي و إنّ الملكيّة صفة وجوديّة تحتاج إلى محلٍّ معيّن لا يتمّ كما في طرف المملوك حيث يصحّ الوصيّة بأحد العبدين .

و أمّا اشتراط القابليّة للتملّك فهو مبنيٌّ على كون منافع العين الموقوفة ملكاً للموقوف عليهم و يتفرّع عليه عدم صحّة الوقف على المملوك على القول بعدم أهليّته للتملّك ولا على الحربيّ على القول بعدم تملّكه لما في يده حيث إنّ ماله فيء للمسلمين ولا على المرتدّ الفطريّ حيث إنّ أمواله لورثته ، ويشكل بمنع كون الوقف بقول مطلق تمليكاً للمنفعة .

و ثانياً لا نسلّم عدم التملّك للمذكورين فإنّ الحقّ أنّ العبد يملك غاية الأمر أنّه محجور ولا نسلّم عدم تملّك الحربيّ ، والمرتدّ الفطري يقسّم أمواله المتملّكة في زمان إسلامه بين ورثته وأمّا أمواله الّتي حصلت له بعد الارتداد فلا يستفاد من الأدلّة إنتقالها إلى ورثته .

وأما اشتراط أن لا يكون الوقف عليه محرّماً كمعونة الزناة والشاربين للخمر و شراء الكتب المحرّفة من التوراة والإنجيل فالظاهر عدم الخلاف فيه وعلّل بأنّه إعانة

على المحرّم فمع اعتبار قصد القربة في الوقف لا إشكال و مع عدم اعتباره إيضاً يمكن أن يقال : إذا كان منهيّاً عنه فهو غير ممضى شرعاً ،كما يظهر ممّا ورد في نكاح العبد بغير إذن المولى من أنّه ما عصى الله و إنّما عصى سيّدها فماكان معصية لله تبارك وتعالى لا يصحّ ولاينافي هذا صحّة وقف الكفّار البيع والكنائس لأنّهم مقرّون على مذاهبهم مع تحقّق الشرائط كصحّة بيع الخمر والخنزير بينهم .

و أمّا الوقف على من سيوجد فادّعي الإجماع على بطلانه وقد سبق الإشكال فيه لولا الاجماع ، وأمّا الوقف على موجود وبعده على من يوجد فلا إشكال في صحّته .

والوقف على البرّ يصرف على الفقراء ووجه القرب .

وقدظهر ممّا ذكر عدم جواز الوقف على البيع والكنائس للمسلم وإن جاز للكافر من جهة كونه مقرّاً على مذهبه .

وأمّا وقف المسلم للحربيّ ففيه أقوال والظاهر عدم الاشكال لما دلّ على جواز الصدقة عليه وللآية الشريفة « لاينهاكم الله عن الّذين لم يقاتلوكم في الدّين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبرّوهم وتقسطوا إليهم» وأمّا قوله تعالى «لاتجد قوماً يؤمنون بالله واليوم الآخر يوادّون من حادّ الله ورسوله ولوكانوا آبائهم اوأبنائهم» فلايظهر منه المنع لعدم الملازمة بين التصدّق على الكافر والإحسان إليه وبين الموادّة فانّ الآية الشريفة آبية عن التخصيص و لاإشكال في جواز اكرام الضيف الكافر والإحسان إليه كما حكي من عيادة اليهوديّ المريض وقد يقال: المنع المستفاد من الآية إنّما هو عن الموادّة من حيث كونها محادّة لامطلقاً فلا تدلّ على المنع في المقام ، ويشكل من جهة أنّه إذا قال المولى لعبده : لا تعاشر الفاسق فلايستفاد منه النهي عن معاشرة الفاسق من حيث فسقه بل يظهر منه النهي عن المعاشرة مطلقاً . نعم الظاهر من الآية السابقة « لا ينهاكم الله - إلى آخره » التقييد بعدم كون الكافر ممّن يقاتل في الدّين و ممّن يخرج المسلمين من ديارهم فيشكل الوقف على من يقاتل في الدّين و يخرج المسلمين من ديارهم .

﴿ ولووقف المسلم على الفقراء انصرف إلى فقراء المسلمين ، ولوكان كافراً انصرف إلى فقراء نحلته والمسلمون من صلّى إلى القبلة ، والمؤمنون الاثنى عشريّة وهم الإماميّة

وقيل مجتنبوا الكبائر خاصّة . والشيعة : الإماميّة والجاروديّة . والزيديّة : من قال بإمامة زيد . والفطحيّة: من قال بالأفطح . والإسماعيليّة : من قال بإسماعيل بن جعفر عليه السلام . والناوسيّة : من وقف على جعفر بن محمّد عليهما السلام . و الواقفيّة : من وقف على موسى بن جعفر عليهما السلام . والكيسانيّة : من قال بإمامة محمّد بن الحنفيّة . ولو وصفهم بنسبة إلى عالم كان بمن دان بمقالته كالحنفيّة ، و لو نسبهم إلى أب كان لمن انتسب بالأبناء دون البنات على الخلاف كالعلويّة والهاشميّة ، ويتساوي فيه الذكور والإناث . و قومه أهل لغته ، و عشيرته الأدنون في نسبه . و يرجع بالجيران إلى العرف و قيل بمن يلي داره إلى اربعين ذراعاً . و قيل إلى أربعين داراً و هو مطّرح ﴾ .

دعوى الانصراف في الفقراء لا تخلو عن الاشكال خصوصاً إذا كان الواقف ممّن لا يفرق بين الفقراء و يكون نظره إلى إعانة الضعيف كائناً من كان ، و على فرض التسليم لا يبعد الانصراف إلى أهل مذهبه و ما ذكر في تفسير بعض العناوين يشكل الأخذ به بنحو الاطلاق لاختلاف الأعصار فلا بدّ من ملاحظة عرف الواقف ففي عرفنا لا يختصّ المؤمن بمجتنبي الكبائر و لعلّ الشيعة خصوص الاثنى عشريّة ولا أقلّ من الانصراف ، ولا يراد من القوم أهل اللّغة بل العشيرة الأدنون و إن اختلف اللّغة .

وقد اختلف الأخبار في تفسير المؤمن فيستفاد من بعضها أنّ الإيمان مركّب من الإقرار باللّسان والاعتقاد بالجنان و العمل بالأركان ، و يستفاد من بعضها أنّه الإقرار باللّسان والتصديق بالجنان ، وقد يجمع بحمل المطلق على المقيّد ولا يخفى الإشكال فيه فإنّ مقام التحديد والتعريف لا يناسب الإطلاق و ضرب القانون حتّى يقيّد ، فالاولى حمل مادلّ على مدخليّة العمل بالأركان على المرتبة الكاملة ويؤيّد ما ذكر ما روي في مقاتلة أصحاب أمير المؤمنين صلوات الله عليه مع أصحاب معاوية من ذكر الآية الشريفة « و إن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا ـ الآية » و على فرض التسليم الحمل على المعنى المذكور في الأخبار مبنيٌّ على توجّه الواقف إلى ذلك المعنى ولذا لو وقف غير الشيعة الاثني عشريّة من فرق المسلمين لا ينصرف إلى معنى المذكور بل يحمل

على المعروف بينهم .

و أمّا الجيران فالمرجع فيهم العرف كما عن جماعة ، و عن المشهور الحمل على من يلي داره إلى أربعين ذراعاً ، واختار صاحب الحدائق الحمل على من يلي داره إلى أربعين داراً و استدلّ بأخبار منها الصحيح أو الحسن عن جميل ، عن أبي جعفر عليه‌السلام قال : «حدّ الجوار أربعين داراً من كلّ جانب من بين يديه ومن خلفه و عن يمينه وعن شماله » [1] .

و منها الخبر عن عمرو بن عكرمة ، عن أبي عبدالله عليه‌السلام قال : « قال رسول الله صلى‌الله‌عليه‌وآله :كلّ أربعين داراً جيران من بين يديه و من خلفه وعن يمينه وعن شماله[2] » .

والأخبار محمولة على ترتّب الآثار الشرعيّة مثل تأكّد استحباب حضور المسجد لجاره و استحباب حسن الجوار ولا توجب حمل كلام النّاس عليه كما لو أمر السيّد عبده بإضافة جيرانه .

و أمّا الوقف على من انتسب إلى أب فالمشهور الاختصاص بأولاد الأبناء كما ذكر في كتاب الخمس ، و من قال هناك بعدم الاختصاص يقول به في المقام .

﴿ لو وقف على مصلحة فبطلت قيل : يصرف إلى البرّ ، و إذا شرط إدخال من يوجد مع الموجود صحّ ، ولو أطلق الوقف و أقبض لم يصحّ إدخال غير هم معهم ، أولاداً كانوا أو أجانب وهل له ذلك مع أصاغر ولده ؟ فيه خلاف و الجواز مرويّ ، أمّا النقل عنهم فغير جائز ﴾ .

لو وقف على مصلحة فبطلت ،حكي عن الشيخ و جماعة أنّه يصرف في وجوه البرّ و علّل بأنّ الملك خرج عن ملك الواقف بالوقف الصحيح أوّلاً فلا يعود إليه و القربة الخاصّة وإن تعذّرت فإنّه يصرف إلى غيرها من القرب لاشتراك الجميع في أصل القربة .

ويرد عليه ما ذكره في المسالك من أنّه لا يلزم من قصده القربة الخاصّة قصد القربة المطلقة ، وقد يقال : إنّ المسئلة و إن كانت غير منصوصة إلّا أنّ لها نظائر في الشرع قد ورد الحكم فيها بما ذكره الأصحاب و يرجع الجميع إلى أنّه مع تعذّر ماعيّنه

---

(١) و (٢) الكافي ج ٣ ص ٦٢٩ تحت رقم ٢ و ١ على الترتيب .

المالك من وصيّة أو نذر أو نحو ذلك ممّا يجب إنفاقه شرعاً فإنّه مع تعذّر المصرف المخصوص يصرف في وجوه البرّ ، ولا يرجع إلى الورثة ، فمن ذلك ما أوصى بأبواب عديدة من الموصي فنسي الوصيّ باباً أو أبواباً فإنّه يصرف في وجوه البرّ كما رواه المشايخ الثلاثة عن محمّد بن ريّان أنّه « كتب إلى أبي الحسن محمّد بن عليّ عليهما السلام يسأله عن إنسان أوصى بوصيّة فلم يحفظ الوصيّ إلّا باباً واحداً منها كيف يصنع في الباقي ؟ فوقّع عليه السلام الأبواب الباقية اجعلها في البرّ (١) » و من ذلك ما رووه عن عليّ بن مزيد صاحب السابريّ عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث طويل يتضمّن أنّه « أوصى رجل بتركته إلى عليّ المذكور و أمره أن يحجّ بها عنه ، قال : فنظرت فإذا هو شيء يسير لا يكفي للحجّ فسألت الفقهاء من أهل الكوفة ، فقالوا تصدّق بها عنه فتصدّق به ، ثمّ لقى بعد ذلك أبا عبدالله عليه السلام فسأله فأخبره بما فعل فقال إن كان لا يبلغ أن يحجّ به من مكّة فليس عليك ضمان و إن كان يبلغ ما يحجّ به فأنت ضامن (٢) » و التقريب أنّه قرّره على الصدقة إذا لم يبلغ الحجّ به من مكّة ولم يحكم بكونه ميراثاً .

ويمكن أن يقال : مع بطلان المصلحة لا يتحقّق الوقف المؤبّد ومع عدم التحقّق لا يخرج العين الموقوفة من ملك الواقف و ليس هذا رجوعاً عن الوقفيّة إلى الملكيّة بل من أوّل الأمر ما خرج من ملكه نظير إجارة الدّار مدّة معيّنة مع عدم قابليّة الدّار بحيث تنهدم قبل بلوغ المدّة حيث يقال ببطلان الإجارة من أوّل الأمر بالنسبة إلى بعض المدّة فالمقام من قبيل الوقف على ما ينقرض فسواء سمّي وقفاً منقطع الآخر أو حبساً لا وجه لخروج الملك عن ملك الواقف وبعد موته يرجع إلى ورثته ، ولا وجه لتنظير المقام بباب الوصيّة مع نسيان الوصي المصرف لصحّة الوصيّة وخروج الملك عن الصلوح للوراثة فمع النسيان يصرف بحكم الشرع في وجوه البرّ ، نعم رواية عليّ بن مزيد المذكورة إن تمّ سندها تؤيّد مقالة المشهور إن حصل القطع بعدم الفرق بين الوصيّة و الوقف و قد يقال : إنّه إن كان يظهر من حال الواقف الإعراض عن المال الّذي وقفه

---

(١) الوسائل ج ٢ ص ٦٧٦ ب ٦١ من كتاب الوصايا .

(٢) الوسائل كتاب الوصايا ب ٨٧ تحت رقم ١ .

أبداً وبالمرّة بحيث لوسئل إذا لم يمكن الصرف في كذاكيف يصنع به يقول: يصرف في سائر الخيريّات فالحكم هو الصرف في وجوه البرّ الأقرب إلى ذلك فالاقرب و إن لم يظهر من حاله ذلك بطل و رجع إلى الواقف أو وارثه.

و يمكن أن يقال: محلّ الكلام مالو وقف على مصلحة و اتّفق بطلانها مع القابليّة لعدم البطلان ففي هذا النظر لاإعراض عن المال، نعم يتصوّر الإعراض التقديري بحيث لوسئل عن صورة بطلان المصلحة يقول كذا و كفاية الإعراض على تقدير محلّ إشكال، ثمّ إنّه لاوجه مع الإعراض للصّرف في وجوه البرّ الأقرب فالأقرب بل حاله حال سائر الأموال المعرض عنها يتصرّف من أراد.

و أمّا شرط إدخال من يوجد مع الموجود فالظاهر عدم الإشكال فيه إذا رجع الشرط إلى دخول من يوجد بخلاف شرط الإدخال، بمعنى أن يكون الدّخول بفعل الواقف أو المتولّي للوقف بحيث لولم يدخل لم يكن داخلاً فانّ الثاني تغيير للوقف وقد يتمسّك بعموم «الوقوف ـ الخ» ويشكل من جهة أنّ الظاهر أنّه ليس في مقام مشروعيّة الوقف بأيّ نحو أراد الواقف حيث إنّ لازمه جواز شرط الخيار وشرط إخراج الموقوف عليهم و إدخال غيرهم مقامهم، و ببيان آخر هذه الرّواية و إن وردت بعد السؤال عن الوقف الموقّت و غير الموقّت و عن صحّة الوقف لكنّه يشكل استفادة الاطلاق نظير مالوسئل العبد عن بيع شيء من زيد أو عمرو فأجاب المولى أنت مختارٌ فهل يكون مختاراً في البيع من كلّ أحد أو يكون مختاراً بالنسبة إلى ماسئل فتدبّر و اُضيف أيضاً خبر أبي طاهر البلاليّ المرويّ عن كمال الدّين قال: كتب جعفر بن حمدان «استحللت بجارية ـ إلى أن قال ـ ولي ضيعة قدكنت قبل أن تصير إليّ هذه المرأة سبّلتها على وصاياي و على سائر ولدي على أنّ الأمر في الزّيادة و النقصان منه إليّ أيّام حياتي وقد أتت هذه بهذا الولد فلم ألحقه في الوقف المتقدّم المؤبّد، و اُوصيت إن حدث بي حدث الموت أن يجري عليه مادام صغيراً فان كبر اعطي من هذه الضيعة جملة مائتي دينار غير مؤبّد، و لا يكون له و لا لعقبه بعد إعطائه ذلك في الوقف شيء فرأيك أعزّك الله تعالى؟ فورد جوابها (يعني عن صاحب الزّمان) أمّا الرّجل الّذي استحلّ بالجارية ـ إلى أن

قال - و أمّا إعطاؤه المائتي دينار و إخراجه من الوقف فالمال ماله فعل فيه ما أراد»[۱] و هذه الرّواية ليست ظاهرة في كون الضيعة بتمامها موقوفة بل لعلّ بعضها موقوفٌ و بعضها متعلّق الوصيّة ومتعلّق الوصيّة يكون اختياره بيد الموصي مادام الحياة فانّ الوقف منجز قبل الموت والوصيّة معلّقة على الموت هذا مضافاً إلى أنّه لم يظهر تصحيح أو توثيق من جهة السند ، وممّا ذكر ظهر حال ما لو أطلق الوقف و تحقّق القبض فلا يصحّ إدخال غير الموقوف عليه لأنّ الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها .

و عن الشيخ في النهاية أنّه إذا وقف على أولاده الأصاغر جاز أن يشترط معهم من يتجدّد له من الأولاد و إن لم يشترط ذلك في العقد ، و عن القاضي موافقة الشيخ بشرط عدم تصريحه بارادة الاختصاص بالسابقين و استدلّ على ماذهب إليه الشيخ بجملة من الأخبار منها صحيح عليّ بن يقطين ، عن أبي الحسن عليه السلام « عن الرّجل يتصدّق على بعض ولده بطرف من ماله ثمّ يبدو له بعد ذلك أن يدخل معه غيره من ولده ؟ قال عليه السلام : لا بأس بذلك » [۲] و منها خبر محمّد بن سهل عن الرّضا عليه السلام عن الرّجل يتصدّق على بعض ولده بطرف من ماله ثمّ يبدو له بعد ذلك أن يدخل معه؟ قال عليه السلام : لا بأس » [۳] .

ومنها صحيح ابن الحجّاج عن أبي عبدالله عليه السلام « في الرجل يجعل لبعض ولده شيء وهم صغار ثمّ يبدو له أن يجعل معهم غيرهم من ولده ؟ قال عليه السلام : لا بأس »[۴] .

و منها خبر عليّ بن جعفر عليه السلام « عن رجل تصدّق على ولده بصدقة ، ثمّ بدا له أن يدخل معه غيره فيه مع ولده أيصحّ ذلك ؟ قال : نعم يصنع الوالد بمال ولده ما أحبّ و الهبة من الوالد بمنزلة الصدقة من غيره »[۵] .

والمشهور منعوا ذلك و أعرضوا عن العمل بهذه الأخبار عملاً بمقتضى القاعدة ، و لصحيح آخر لابن يقطين عن أبي الحسن عليه السلام « عن الرّجل يتصدّق ببعض ماله على بعض ولده و يبيّنه لهم أله أن يدخل معهم من ولده غيرهم بعد أن أبانهم بصدقة ؟ قال

---

(۱) كمال الدين ص ۲۷۵ .

(۲) و (۳) و (۴) و (۵) الوسائل الباب الخامس من كتاب الوقوف والصدقات .

عليه‌السلام : ليس له ذلك إلّا أن يشترط أنّه من ولدله فهو مثل من تصدّق عليه فذلك له» المؤيّد بخبر جميل «قلت لأبي عبدالله عليه‌السلام : الرّجل يتصدّق على ولده بصدقة و هم صغار أله أن يرجع فيها ؟ قال عليه‌السلام : لا الصدقة لله عزّوجلّ »[1] .

و قد يقوّي ما هو المشهور من جهة أنّ الأخبار المذكورة بعضها ضعيف السند مع عدم الجابر و بعضها ضعيف الدلالة كصحيح ابن الحجّاج حيث إنّه ليس فيه أنّه من باب الوقف و الصدقة و مع إعراض المشهور لاتقاوم الصحيح الثاني لابن يقطين مع إمكان حملهما على صورة إرادة التصدّق أوعلى صورة عدم تحقّق القبض .

و يمكن أن يقال : أمّا ضعف الدّلالة في صحيح ابن الحجّاج فيشكل من جهة ترك الاستفصال بل الفرد الغالب الوقف و بذلك يستشكل في الحمل على صورة عدم تحقّق القبض ، و أمّا الحمل على مجرّد العزم و الإرادة فلا مجال له أصلاً ، و أمّا عدم عمل المشهور فلم يحرز أنّه من جهة الإعراض أومن جهة الاخذ بالطرف الاخر ترجيحاً أو تخييراً و لا يبعدأن يقال بعد معارضة الاخبار المذكورة مع الصحيح الثاني لابن يقطين يرجع إلى عموم «الوقوف على حسب مايوقفها أهلها» من جهة كونه مرجّحاً .

و أمّا النقل إلى غير الموقوف عليهم فلا وجه لجوازه لعموم «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها » لكن هذا على تقدير حمل هذا الخبر على عدم جواز التغيير ، و أمّا على حمل الخبر على صحّة الوقف فهو غير مرتبط بهذا .

﴿و اما اللّواحق فمسائل الأولى إذا وقف في سبيل الله انصرف إلى القرب كالحجّ و الجهاد و العمرة و بناء المساجد ، الثانية إذا وقف على مواليه دخل الأعلون و الأدنون ، الثالثة إذا وقف على أولاده اشترك أولاده البنون و البنات الذّكور و الإناث بالسويّة ﴾ .

إذا وقف في سبيل الله يصرف في كلّ ما يكون وصلة إلى الثواب والقول بالاختصاص بالجهاد كما عن ابن حمزة ، أو بقسمته أثلاثاً : ثلث للفقراء و ثلث للحجّ و ثلث للعمرة كما عن الشيخ لم يظهر عليه دليلٌ و المراد انصراف منافع الموقوفة في القرب بمعنى

---

(١) الكافي ج ٧ ص ٣١ .

صرفها فيها و يدلّ على ما ذكر ما رواه عليّ بن إبراهيم في تفسيره[1] عن العالم المذكور في كتاب الزّكاة وقال : « في سبيل الله قوم يخرجون إلى الجهاد وليس عندهم ما ينفقون، أو قوم من المؤمنين ليس عندهم ما يحجّون به ، و في جميع سبل الخير فعلى الإمام أن يعطيهم من مال الصدقات حتّى يقووا على الحجّ و الجهاد »[2] وإذا وقف على مواليه و لفظ المولى مشترك بين مولى عتاقه أي المولى من الأعلى وهو المعتق له ، ومولى نعمة و هو عتيقه وكان له الصنفان و لم تقم قرينة على إرادة أحد الصنفين ، ففي بطلان الوقف أو صحّته و الصرف عليهما أو صحّته لأحدهما وكذا الكلام لو أتى بالمفرد ، وقد يفصل بين الاتيان بلفظ الجمع و بين الاتيان بلفظ المفرد أقوال مبنيّة على أنّ لفظ المولى مشترك معنوي كما يظهر من المحكي عن الشيخ -قدّس سرّه- حيث جعله كلفظ الأخ الصادق على الأخ من الأبوين و من الأب ومن الأمّ أو مشترك لفظيّ ، و على الثاني هل يجوز استعمال المشترك في أكثر من معنى مطلقاً أو يجوز في الجمع دون المفرد أولا يجوز مطلقاً فعلى الأوّل يصرف عليهما وكذا على الثاني وكذا على الثالث إذا كان بلفظ الجمع دون المفرد فيبطل للاجمال أو يصحّ في أحدهما ، و على الرّابع أيضاً يبطل أو يصحّ في أحدهما ، و قد يقال : الظاهر أنّ المولى مشترك لفظيّ و ليس كلفظ الأخ إذ لا جامع بين القسمين ، و الأقوى عدم جواز استعمال المشترك في أكثر من معنى مطلقاً و مع ذلك يصحّ بالنسبة إلى أحدهما و يعيّن بالقرعة أو يقسم بينهما على وجه الصلح القهريّ .

ثمّ المناط في صحّة الاستعمال و عدمها مذهب الواقف لا الحاكم و المفتي ، و يمكن أن يقال : على فرض كون الاشتراك لفظيّاً لا مانع من جواز الاستعمال في أكثر من معنى مع صحّته عند أهل اللّسان و ما ذكر من وجه الاستحالة محلّ إشكال لكنّ الظاهر أنّه خلاف الظاهر يحتاج إلى القرينة وهذا كاف في عدم الحمل على الصنفين ، ومع فرض الاستحالة يتصوّر الجامع بين الصنفين بأن يراد المسمّى باسم المولى كما قيل في لفظ

---

(١) المصدر ص ٢٧٥ ،

(٢) في المصدر « حتى ينفقوا به على الحج و الجهاد » .

الزيدين يراد فردان من المسمّى بلفظ زيد لكنّه خلاف الظاهر في المقام ، فجواز الحمل وعدم جوازه ليس مبنيّاً على صحّة الاستعمال وعدمها ومع عدم القرينة والاجمال يشكل القرعة ، ألاترى أنّه لوعلم بدين عليه إمّا لزيد أولعمر و هل يعيّن بالقرعة ، و أمّا ما ذكر من أنّ المناط في صحّة الاستعمال و عدمها مذهب الواقف - الخ فيشكل بأنّ مجرّد الصحّة لايوجب الظهور ، وثانياً مع عدم صحّة الاستعمال بنظر المفتي أوالحاكم يخرج اللّفظ عن سنخ الألفاظ المستعملة في المحاورات فمع الحاجة إلى اللّفظ المستعمل بالنحو الصحيح كيف يصحّ الوقف .

و أمّا صورة الوقف على الأولاد بدون التفرقة فالظاهر عدم الإشكال في التساوي و عدم الفرق بين الذّكور و الاناث .

﴿ **الرابعة** إذا وقف على الفقراء انصرف إلى فقراء البلد و من يحضره وكذاكلّ قبيل متبدّد كالعلويّة و الهاشميّة و التميميّة ، ولا يجب تتبّع من لم يحضره ﴾ .

المعروف أنّه مع كون الموقوف عليهم محصورين لابدّ من توزيع منافع العين الموقوفة عليهم و تشريكهم و مع عدم الحصر تصرف في البعض من دون توزيع إلّا أن يكون مع عدم الحصر انصراف و الفقراء غير محصورين ، و دعوى انصرافهم إلى فقراء بلد الوقف مشكلة ، نعم قد يستظهر من مكاتبة عليّ بن محمّد بن سليمان النوفليّ قال : « كتبت إلى أبي جعفر الثاني عليه السلام أسأله عن أرض وقفها جدّي على المحتاجين من ولد فلان بن فلان وهم كثيرون متفرّقون في البلاد ؟ فأجاب عليه السلام ذكرت الأرض الّتي وقفها جدّك على فقراء ولد فلان بن فلان و هي لمن حضر البلد الّذي فيه الوقف ، وليس لك أن تتبّع من كان غائباً [1] الانصراف إلى من كان في بلد الوقف ، و قد تحمل على صورة كون الوقف على الجهة وكون أولاد فلان مصرفاً له ولا ينافيه قوله عليه السلام « وهي لمن حضر البلد » بدعوى ظهوره في وجوب استيعابهم ، ولوكان من الوقف على الجهة لم يجب ذلك لا مكان منع ظهوره في ذلك و إنّ المراد أنّ المصرف من حضر لاأنّه يجب الدّفع إلى كلّ من حضر .

(١) الكافي ج ٧ ص ٣٨ .

و يمكن أن يقال: مع عدم القرينة يشكل فهم المراد من جهة أنّ ظاهر الجمع المحلّى باللّام الاستيعاب ، ومن جهة عدم الحصر لامجال للحمل على الاستيعاب ، فيدور الأمر بين الحمل على الحاضرين في بلد الوقف مع الاستيعاب و التشريك و بين الحمل على كونهم مصرفاً كالفقراء في باب الزكاة و لا ترجيح ، و المكاتبة المذكورة يشكل الأخذ بها من جهة ضعف السند و لم يظهر انجبارها و مع الأخذ بها يشكل التعدّي من موردها هذا ، و ما ذكر أوّلاً من أنّه مع الحصر يوزّع المنافع على المحصورين يشكل من جهة أنّه قد يكون المنفعة قليلة و لا يصل إلى الأفراد المحصورين إلّا مالا يكون قابلاً للتوجّه كما أنّه لو وقف على المحصورين نسلاً بعد نسل فانحصار طبقة أو طبقتين مثلاً لا يوجب التوزيع مع عدم الانحصار في الطبقات المتأخّرة وإن أمكن استحقاقهم كما لو اشتغل ذمّة إنسان بالدّين بالنسبة إلى الآلاف من الدّائنين ومات و لم يترك إلّا قليلاً من المال كما أنّه مع عدم الحصر في الطبقة الأولى وكون المنفعة كثيرة يشكل صرفها إلى واحد منهم .

﴿ الخامسة لا يجوز إخراج الوقف عن شرطه ولا بيعه إلّا أن يقع خلف يؤدّي إلى فساده على تردّد ﴾ أمّا عدم الإخراج عن الشرط الّذي شرط في الوقف مع جوازه فهو مقتضى لزوم الوقف و الشرط و قد سبق بعض الأخبار الدّالة عليه في صدر الكتاب فلاحظ الصحيح عن صفوان بن يحيى وهو الدّليل على عدم جواز بيعه ، و ادّعي عليه الإجماع وقد يقال عدم جواز البيع وسائر النواقل و ما في معرض النقل كالرّهن داخل في حقيقة الوقف إذ هو تحبيس الأصل و تسبيل المنفعة ، و يمكن أن يقال : هذا مسلّم لكن لابدّ من لزوم التحبيس و إلّا فمثل الهبة الغير اللّازمة حقيقتها النقل إلى الغير.

و استدلّ على عدم الجواز أيضاً بجملة من الأخبار منها قوله عليه السلام : «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها [1] » و منها قوله عليه السلام : « لا يجوز شراء الوقف ولا تدخل الغلّة في ملكك [2] » ، و منها قوله عليه السلام في جملة من الأخبار : « صدقة لا تباع ولا توهب

(١) الكافي ج ٧ ص ٣٧ .

(٢) راجع الوسائل ج ٢ ص ٦٥٢ كتاب الوقوف و الصدقات ب ٦ .

ولاتورث »[1] بدعوى أنّ الظاهر منها أنّ عدم جواز البيع داخل في حقيقته ، و قد يناقش في استفادةعدم جواز النقل ممّاذكر .

أمّا الخبر الأوّل فلأنّ الاستدال به مبنيّ على أن يكون المراد أنّه يجب إبقائها و ليس كذلك إذمن المحتمل بل الظاهر أن يكون المراد أنّ الوقف يجب العمل به على الكيفيّةالّتي قرّره الواقفمن القيود و الشروط ، بل هو يكون دليلاً على الجواز في مالوشرط مايوجب ذلك .

وأمّا الخبر الثاني فهو ظاهر في عدم جواز الشراء على نحو الملك المطلق ، وكذا سائر الأخبار ولاينافي جواز البيع بإرادة شراء ملك آخر بدله .

ويمكن أن يقال في الخبر الأوّل : لامانع من الجمع بين اللّزوم و الصّحة كما يستفاد من « أوفوا بالعقود » اللّزوم و الصحّة ، و على فرض أن يكون المراد منه ما ذكر قدسبق الإشكال في استفاده ما ذكر على الاطلاق بل لايبعد أن يكون النظر إلى خصوص الموقّت و الغير الموقّت المذكورين في كلام الرّاوي .

و الخبر الثاني لامانع من الأخذ بإطلاقه و تكفي في المقام رواية صفوان بن يحيى المذكورة في صدر الكتاب حيث أنّها فيها قول السائل « ثمّ يبدوله أن يحدث في ذلك شيئاً » و لعلّه يشمل مالوبدا للواقف تبديل العين الموقوفة فتدبّر .

و أمّا بيع الوقف فبعد الفراغ عن عدم جوازه في الجملة لماذكر استثني موارد أحدها مالوزال عنوان لاحظه الواقف في وقفه ، كما إذا وقف بستاناً ملاحظة في وقفه البستانيّة أو الدّار ملاحظاً فيها الدّاريّة فمع الخروج عن العنوان بطل كونهاوقفاً ، و استشكل في البطلان بأنّه إن اُريد بالعنوان ماجعل مفعولاً في قوله « وقفت هذا البستان» فلاشكّ في أنّهكقوله بعت هذا البستان أو وهبت و إن اُريد به شيءآخرفهو خارج عن مصطلح أهل العرف و العلم ، و اُجيب بالفرق بين أن يجعل البستان مورداً للوقف أو عنواناً وهو في قوله بعت هذا البستان بمنزلة بعت هذا الشيء ، بخلاف ما إذا جعل عنواناًكماهو المفروض .

(١) راجع الوسائل ج٢ ص٦٥٢ كتاب الوقوف والصدقات ب٦ .

ويمكن أن يقال: ماذكر في الجواب يشكل من جهة أنّ المبيع و الموهوب على ماذكر البستان بما هو شيء من الأشياء لا بماهو بستان حيث إنّه جعل مورداً للبيع و الهبة و لازم هذا أنّه لو باع حيواناً بما هو عبد حبشيّ فبان حماراً وحشياً لزم صحّة البيع لأنّ البيع وقع على الموجود الخارجيّ بما هو شيء لا بعنوان كونه عبداً و مثله لو باع الحنطة فبانت شعيراً، ولا أظنّ أن يلتزم به، ويمكن الفرق بين باب البيع والهبة و بين باب الوقف مع اشتراك الأبواب في مدخليّة العنوان بانتقال مجموع المادّة والصورة إلى المشتري و الموهوب له و بعد ارتفاع صورة النوعيّة تكون المادّة وما بمنزلتها بحالها السابقة باقية بملك المشتري و الموهوب له بخلاف العين الموقوفة فإنّها محبوسة مادامت قابلة للانتفاع بها فمع ارتفاع القابليّة تبطل الوقفيّة ولا معنى لوقفيّة العين الّتي انسلخت منها الصورة الّتي بها تكون قابلة لانتفاع الموقوف عليه بها.

و ممّا ذكر ظهر الاشكال فيما لو أتلف متلف العين الموقوفة و كانت قيميّة فإنّ القيمة المأخوذة من المتلف كيف تلتزم بوقفيّتها مع أنّها لامنفعة لها، و ما الدّليل على لزوم صرفها في مثل تلك العين الموقوفة و في المقام أيضاً القائل بجواز البيع يلتزم ببيع أرض البستان مثلاً و اشتراء بستان آخر ويطالب بإقامة الدّليل، نعم لو قلنا بأنّ العين الموقوفة تنتقل إلى الموقوف عليهم بنحو الملكيّة الموقّتة حيث إنّها تنتقل إلى الطبقة المتأخرة في مثل الوقف على الأولاد نسلاً بعد نسل صحّ ماذكر، لكن أنّى لنا إثبات هذا.

و أمّا صورة وقوع الخلف المؤدّي إلى الفساد فاستدلّ على جواز البيع فيها بخبر عليّ بن مهزيار قال: «كتبت إلى أبي جعفر عليه السلام إنّ فلاناً ابتاع ضيعة فأوقفها و جعل لك في الوقف الخمس وسأل عن رأيك في بيع حصّتك من الأرض أو تقويمها على نفسه بما اشتراها أو يدعها موقوفة؟ فكتب إليّ أعلم فلانا أنّي آمره ببيع حصّتي من الضيعة و إيصال ثمن ذلك إليّ و أنّ ذلك رأيي إن شاء الله، أو يقوّمها على نفسه إن كان ذلك أرفق له. قال: و كتبت إليه أنّ رجلاً ذكر أنّ بين من وقف عليهم هذه الضيعة اختلافاً شديداً و أنّه ليس يأمن أن يتفاقم ذلك بينهم بعده فإن كان ترى أن يبيع هذا الوقف

ويدفع إلى كلّ إنسان منهم ما وقف له من ذلك أمرته ؟ فكتب إليّ بخطّه و أعلمه أنّ رأيي له إن كان قدعلم الاختلاف مابين أصحاب الوقف أن يبيع الوقف فإنّه ربما جاء في الاختلاف تلف الأنفس و الأموال » [١] .

و استشكل أوّلاً لاحتمال كون المراد تلف مال الوقف و نفوس الموقوف عليهم لا مطلق الأموال و مطلق النفوس فينطبق على صورة اُخرى وهي ادّاء بقاء الوقف إلى خرابه علماً أوظنّاً على وجه لايمكن الانتفاع به أصلاً أوكانت منفعته قليلة ملحقة بالعدم ، سواء كان لأجل الاختلاف بين أربابه أولغيره فانّ الأقوى جواز بيعه وشراء عوضه بعوضه لانصراف أدلّة المنع فانّ إبقاءه مناف لغرض الواقف و أيضاً إذا دار الأمر بين سقوط الانتفاع به أصلاً و بين سقوط الانتفاع بشخصه مع بقاء نوعه كان الأولى الثاني مع أنّ بقاءه تضييع للمال ، و اللازم تأخير البيع إلى آخر أزمنة إمكان البقاء و ثانياً لعدم ظهوره في الوقف المؤبّد الّذي هو محلّ البحث لعدم ذكر الأعقاب فيه ، و ثالثاً لاحتمال أن يكون مورد السؤال قبل تماميّة الوقف لعدم الإقباض ، و يؤيّده كون البايع هو الواقف ولوكان بعد تماميّته كان الأمر إلى الناظر ، وكون الناظر هو الواقف غير معلوم من الخبر ، و حمله عليه ينافيه ترك الاستفصال ، و رابعاً أنّ الظاهر من الخبر كون الثمن للموجودين مع أنّه مناف لحقّ البطون اللاّحقة ولقول المجوّزين فإنّهم يقولون بجواز البيع وشراء عوض الوقف بثمنه .

ويمكن أن يقال : أمّا ما أستشكل أوّلاً فيشكل من جهة عدم انطباق ما في الخبر مع الصورة المذكورة من جهة عدم ارتباط ماذكر مع تلف الضيعة الموقوفة و سقوطها عن حيّز الانتفاع ، بل الظاهر أنّ المراد تلف مال آخر خصوصاً مع ملاحظة أنّ الأرض غير قابلة للتلف و التعبير عن تلف الضيعة بتلف الأموال لايناسب و على فرض إتلاف الضيعة بمعنى سقوطها عن حيّز الانتفاع مستنداً إلى بعض الموقوف عليهم أو كلّهم يكون المقام داخلاً فيما لو أتلف متلف العين الموقوفة فإن قلنا هناك بالتغريم و الضمان نقول في المقام بالضمان بالنسبة إلى الطبقة اللاّحقة ، ولا مجال للاكتفاء بثمن العين الساقطة

---

(١) الكافي ج ٧ ص ٣٦ .

عن حيّز الانتفاع إلّا أن يكون بحيث لايمكن أخذ الغرامة و ثانياً لم يظهر وجه لجواز البيع في الصورة المذكورة إلّا من جهة الإحسان و لازمه جواز بيع مال الغائب إذا بلغ هذا الحدّ ، نعم قد يستظهر من بعض الأخبار المتعرّض لمن وجد سفرة فيها لحم وغيره جواز التقويم و التصرف و كذا من وجد الشاة في الفلاة ، ثمّ إنّه مع الخروج عن الانتفاع بالنسبة إلى الموقوف عليهم لادليل على بقاء الوقفيّة ولا معنى لبقاء القيمة على الوقفيّة فإنّ الأثمان لامنفعة لها مع بقائها ، ولولا شبهة الاجماع لأمكن القول بالبقاء على ملكيّة الواقف كحبس العين مدّة قابلة للانتفاع بها ، فالأظهر حمل الرّواية على صورة عدم تماميّة الوقف والشاهد عليه أمر الإمام عليه السلام على ما في الرّواية ببيع حصّته أو التقويم على نفسه إلّا أنّه يشكل من جهة أنّه مع عدم تماميّة الوقف لم يخرج عن ملك الواقف بمجرّد إنشاء الوقف و عدم القبض فكيف يؤمر ببيع الحصّة أو التقويم على نفسه هذا مع أنّ حصّة الإمام عليه السلام كيف جوّز بيعه مع أنّها من الوقف فلايبعد أن يكون أمر الإمام عليه السلام بالبيع و تقسيم الثمن بين الموقوف عليهم بعنوان الولاية المخصوصة به عليه السلام فتحصل الإشكال في الأخذ بظاهر الرواية مع حفظ الأصول و القواعد ولعلّه لماذكر تردّد ـ قدّس سرّه ـ في المتن .

﴿ **السادسة** إطلاق الوقف يقتضي التسوية فإن فضل لزم ، **السابعة** إذا وقف على الفقراء و كان منهم جاز أن يشركهم ﴾ .

لا إشكال في أنّ الإطلاق مع عدم ما يوجب خلافه يقتضي التسوية لكنّه قد يتّفق أنّه مع إطلاق اللّفظ لا يفهم التسوية كما لو قال المولى لعبده : أكرم جيراني . و الجيران بعضهم ذوالشرف و الفضيلة ، فإطلاق اللّفظ لايقتضي التسوية في كيفيّة الإكرام وكذا الكلام في المقام ، ومع تفضيل بعض الموقوف عليهم على البعض الآخر لزم التفضيل لأنّ الوقوف على حسب مايوقفها أهلها .

و أمّا الوقف على الفقراء فإن كان بنحو التشريك كما لو وقف على فقراء البلد المحصورين فالظاهر عدم جواز شركته معهم إن كان منهم أو دخل فيهم لصدق الوقف على نفسه الممنوع شرعاً ، وأمّا لو لم يكن كذلك كالوقف على غير المحصورين فقد يقرب

الجواز بأنّ الموقوف عليه هو العنوان كما لووقف على الفقراء و الملحوظ جهة الفقر والقياس على الزكاة الّتي للفقراء ولايجوز للفقير أن يأكل زكاة نفسه لاوجه له إذ فيها يجب الإعطاء و مع أكله نفسه لايصدق إيتاء الزكاة فلايدخل تحت عنوان الوقف على النفس .

و يمكن أن يقال : لازم ما ذكر جواز دخول الواقف لو وقف على فقراء البلد مع كونهم محصورين و كونه منهم ومجرّد كون الوقف على العنوان مع كون الواقف مشمولاً له لايوجب عدم صدق الوقف على النفس ، و ما ذكر في باب الزّكاة من أنّ الزكاة يجب إعطاؤها يتمّ على فرض إفادة الحصر ووجوب الإعطاء في كلّ زكاة فلايبعد المنع كما حكي عن ابن إدريس و العلامّة ـ رحمهما الله ـ في المختلف و التذكرة و إن حكي عن المشهور الجواز .

وإمّا الاوقاف العامّة مثل المساجد والقناطر والخانات للزّوّار والحجّاج فالظاهر عدم الإشكال في جواز انتفاء الواقف بها القيام السيرة .

﴿ **من اللواحق** مسائل السكنى و العُمرى و هي تفتقر إلى الإيجاب و القبول و القبض ، وفائدتهما التسليط على استيفاء المنفعة تبرّعاً مع بقاء الملك للمالك . وتلزم لوعيّن المدّة و إن مات المالك . و كذا لو قال له : عمرك ، لم تبطل بموت المالك ، و تبطل بموت الساكن . ولو قال : حياة المالك لم تبطل بموت الساكن وانتقل ماكان له إلى ورثته ، و إن أطلق ولم يعيّن مدّة ولاعمراً تخيّر المالك في إخراجه مطلقاً ﴾ .

لاشبهة في مشروعيّة السكنى و العمرى و الرّقبى و يدلّ عليه الأخبار الكثيرة منها ما رواه المشايخ الثلاثة ـ قدّس الله تعالى أرواحهم ـ عن حمران « قال : سألته عن السكنى و العُمرى فقال : إن النّاس فيه عند شروطهم إن كان شرطه حياته وإن كان لعقبه فهو لعقبه كماشرط حتّى يفنوا ، ثمّ يرد إلى صاحب الدّار [1]» .

ومنها ما رواه في الكافي والتهذيب عن أبي الصباح الكنانيّ ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «سئل عن السكنى والعمرى فقال : إن كان جعل السكنى في حياته فهوكماشرط

(١) الوسائل كتاب السكنى و الحبس ب ٢ ح ١ .

و إن كان جعلها له و لعقبه من بعده حتّى يفنى عقبه فليس لهم أن يبيعوا ولا يورثوا ، ثمّ ترجع الدّار إلى صاحبها الأوّل »[1].

و منها ما رواه المشايخ الثلاثة عن أحمد بن عمر الحلبيّ ، عن أبيه في الموثّق عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « سألته عن رجل أسكن رجلا داره حياته قال : يجوز له وليس له أن يخرجه ، قلت : فله و لعقبه ؟ قال : يجوز ، وسألته عن رجل أسكن رجلا و لم يوقّت له شيئاً ؟ قال : يخرجه صاحب الدّار إذا شاء »[2] .

و ما رواه في الكافي والتهذيب عن الحلبيّ في الصحيح أوالحسن ، عن أبي عبدالله عليه السلام في الرّجل يسكن الرّجل داره و من بعده قال : يجوز لهم و ليس لهم أن يبيعوا ولا أن يورثوا ، قلت : فرجل أسكن رجلا داره حياته قال : يجوز ذلك ، قلت فرجل أسكن رجلا داره ولم يوقّت ؟ قال : جائز وله أن يخرجه إذا شاء »[3] ولايخفى أنه لايستفاد منها اعتبار الإيجاب و القبول اللّفظيين بل ما يصدق عليه الجعل و لو بالفعل كماأنّه لايستفاد منها اعتبارالقبض ولامدرك لاعتبارالقبض إلّا الإجماع إلّا أن يقال : يفهم من قوله أسكن أو يسكن الاقباض واختلف في أنّه معتبر في الصّحة أوفي اللّزوم والقدرالمتيقّن اعتباره في اللّزوم وإن كان الظاهر من خبر حمران المذكوراللّزوم من جهة الشرط حيث ذكر فيه «أنّ الناس عند شروطهم » وهذا نظير خبر المعروف «المؤمنون عند شروطهم» وقد فصّل في بعض الأخبار بين صورة التوقيت و صورة عدمه ففي الأولى حكم باللّزوم و في الثانية حكم بعدم اللّزوم ويقع الإشكال من جهة أنّه بعد ماكانت الفائدة التسليط على الانتفاع تبرّعا من دون اعتبار قصد القربة ، ولذا يجوز إخراج الساكن مع عدم التوقيت لانجد فرقاً بين المقام و بين العارية مع أنّه لاشبهة في أنّه للمعير الرّجوع و استرداد العين المستعارة من المستعير من غير فرق بين صورة التوقيت و غيرها و لا يبعد التفرقة

---

(۱) المصدر ب ۳ ح ۱.

(۲) الكافي ج ۷ ص ۳۴ و التهذيب ج ۲ ص ۳۷۳ و الفقيه ص ۵۴۳ واللفظ له .

(۳) الكافي ج ۷ ص ۳۴ والتهذيب ج ۲ ص ۳۷۳ .

بين المقامين بإباحة منافع العين المستعارة في العارية من دون حصول الملكيّة للمستعير بخلاف المقام ، فلايبعد القول بحصول الملكيّة للمعمر و الساكن فمع اللّزوم مع التوقيت لايعتبر العقلاء لمالك العين ملكيّة المنفعة ولا ينافي هذا مع عدم استحقاق المعمر والمسكن غيرما عيّن له فإنّ الحال حال من استأجر عيناً وعيّن له استيفاء منفعة خاصّة بنحو خاص و لازم ما ذكر أنّه لو غصب الغاصب كان ضامناً للمعمر و المسكن بالنسبة إلى المنافع دون المالك و لايبعد ما ذكر في صورة عدم التوقيت كالهبة الجايزة وقد يستظهر ما ذكر من قوله عليه السلام على المحكيّ في خبر أبي الصّباح الكناني « ثمّ ترجع الدّار إلى صاحبها الأوّل » وكذا خبر حمران المذكورين وفيه تأمّل .

و أمّا بقاء الملك محلّ السكنى على ملك مالكه فوجهه واضح لعدم ما يوجب زوال الملكيّة إلّا أنّه قدتكون المدّة طويلة بحيث لاقابليّة للمعمر كما لو أعمره داراً تكون بناتها ملكا للمعمر -بالكسر- دون الأرض ولايكون البناء قابلا للبقاء بعد انقضاء المدّة نظير إجارة بعض الأعيان مدّة يكون انقضائها مساوقاً لاضمحلال العين المستأجرة فاعتبار الملكيّة للعين مشكل إلّا أن يقال : يكفي في الاعتبار أنّه لوأتلف متلف العين يكون ضامناً لكنّه لايخلو عن الإشكال حيث إنّ المتلف إن كان ضامناً لمالك المنفعة كيف يضمن قيمة العين مع زيادة قيمة المنفعة لقيمة العين أو تساويهما ، و أمّا اللّزوم مع تعيين المدّة وإن مات المالك وكذا لوعيّن بعمر المعمر -بالفتح- فلما ذكر في الأخبار المذكورة وإنّ النّاس عند شروطهم وفي الصورة الثانية بموت المعمر الساكن ينقضي كما أنّه لو عيّن بحياة المالك لاينقضي بموت الساكن لبقاء المدّة ، لكنّه يشكل إذا عيّن بسكوت شخص خاص كيف ينتقل إلى وارثه ، نعم ادّعي عدم الخلاف فيه وقد يتمسّك بخبر محمّد بن قيس الصحيح عن أبي جعفر عليهما السلام عن أمير المؤمنين عليه السلام أنّه قضى في في العمرى أنّها جائزة لمن أعمرها فمن أعمر شيئاً مادام حيّاً فانّه لورثته إذا توفّي[1] » ولايخفى أنّه مع احتمال رجوع الضمير إلى المعمر -بالكسر- لو لم يكن ظاهراً فيه لامجال للاستدلال به ، و لما ذكر يقال بعدم توريث الخيار المشروط في العقد لطرف العقد

(١) الوسائل كتاب السكنى و العمرى ب ٨ ح ٢ .

بلسانه وقد خالف المشهور المحقّق (قدّس سرّه) في نكت النهاية و التعبير بالبطلان و عدم البطلان لايخلو عن مسامحة ألاترى أنّه لو انقض مدّة الإجارة لا يقال : بطلت الإجارة .

و أمّا صورة عدم تعيين المدّة و لا عمر أحدهما فالمالك مخيّر فيها بين إخراج الساكن و إبقائه كما دلّ عليه صحيح الحلبيّ أو حسنه المذكور .

﴿ ولومات المالك و الحال هذه كان المسكن ميراثاً لورثته و بطلت السكنى و يسكن الساكن معه من جرت العادة به كالولد والزّوجة و الخادم و ليس له أن يسكن معه غيره إلّا باذن المالك ولوباع المالك الأصل لم تبطل السكنى إن وقّتت بأمداد عمره ويجوز حبس الفرس و البعير في سبيل الله و الغلام و الجارية في خدمة بيوت العبادة ، و يلزم ذلك مادامت العين باقية ﴾ .

أمّا انتقال المسكن إلى ورثته فهو على القاعدة لكونه ملكاً لمورثهم، و أمّا بطلان السكنى فلايخلوعن الاشكال لأنّه مع احتمال حصول الملكيّة للساكن ماوجه البطلان، غاية الأمر كون الورثة مثل المورث يكون لهم أن يخرجوا الساكن متى شاؤوا ، نعم إن كانت السكنى بمنزلة العارية تمّ ما ذكر لأن المنفعة ملك الورثة فلابدّ من إذن جديد ، و التفرقة بين الموقّت و المطلق بتحقّق الملكيّة في الأوّل دون الثاني مشكلٌ جدّاً ، و أمّا جواز إسكان الساكن معه من جرت العادة به فلانفهامه من الاطلاق بحيث لولم يردّ المسكن لكان عليه البيان و التخصيص لا بمعنى حصول الملكيّة للساكن و من يتعلّق به ، بل بمعنى كون من يتعلّق به من توابعه كما لودعا شخصاً له أصحاب و خدم للضيافة وتظهر الثمرة لولم يسكن من جعل له السكنى كما أنّه في صورة الدّعوة للضيافة يشكل ورود الأتباع مع عدم ورود المدعوّ .

و أمّا عدم جواز إسكان الغير بدون إذن المالك فلعدم الشمول و ليس المقام كباب الاجارة مع الاطلاق و مع إذن المالك لا مانع ، و أمّا عدم بطلان السكنى ببيع المالك الأصل في صورة اللّزوم وعدم جواز إخراج الساكن فوجهه واضح لأنّه باع شيئاً يكون مسلوب المنفعة مدّة كما لوباع العين المستأجرة ، نعم يعتبر أن يكون للعين ماليّة بعد

انقضاء المدّة و يتأتّى الاشكال في صورة الاطلاق و عدم التوقيت فهل تبطل السكنى كما قيل في صورة موت المسكن و وراثة الورثة أولا تبطل و يكون إخراج الساكن بيد المشتري أو يبطل البيع على القول بالملكيّة للغرر لعدم تعيين المدّة بوجه من الوجوه و إن أمكن الصلح عنه لعدم إضرار الجهل به .

و أمّا جواز حبس الفرس والبعير في سبيل الله تعالى و الغلام و الجارية في خدمة بيوت العبادة و لزوم ذلك ما دامت العين باقية فالظاهر عدم الخلاف فيه و ظاهر كلماتهم الخروج عن ملك المالك و إن كانت عبارة المتن توهم خلاف هذا ، و لعلّه من جهة عدم اعتبار الملكيّة بالنسبة إلى العين مع عدم جواز التصرّف فيه بوجه لا من جهة كونه صدقة و ملاحظة الأخبار الواردة الدّالة على عدم جواز الرّجوع في كلّ ما يعطى لله تعالى شأنه العزيز لعدم اعتبار قصد القربة والظاهر أنّ حال الحبس حال الوقف فلا حاجة فيه إلى الايجاب و القبول اللّفظيين بل يكتفي بالفعل للسيرة ، ولعلّه من هذا القبيل ثوب الكعبة المعظّمة الّذي قد تضمّنت النصوص بجواز أخذ القطع منه عند انتهاء عمره للتبرّك و قد ذكر في المقام صحيح ابن اُذينة قال : « كنت مشاهد ابن أبي ليلى فقضى لرجل جعل لبعض قرابته غلّة داره ولم يوقّت وقتاً فمات الرّجل فحضر ورثته عند أبي ليلى وحضر قرابته الّتي جعل لها غلّة الدّار ، فقال ابن أبي ليلا: أرى أن أدعها على ما تركها صاحبها فقال له محمّد بن مسلم الثقفيّ أما إنّ عليّ بن أبي طالب عليه السلام قد قضى في هذا المسجد بخلاف ما قضيت فقال : وما علمك فقال : سمعت أبا جعفر محمّد بن عليّ عليهما السلام يقول : قضى عليّ بن أبي طالب عليه السلام بردّ الحبس و إنفاذ المواريث فقال ابن أبي ليلى : هذا عندك في كتاب ، قال نعم ، قال : فأرسل إليه و ائتني به فقال محمّد بن مسلم: على أن لا تنظر في الكتاب إلاّ في ذلك الحديث فقال لك ذلك فأحضر الكتاب و أراه الحديث عن أبي جعفر عليه السلام فردّ قضيّته »[1] وخبر عبدالرّحمن الخثعميّ[2] قال :«كنت أختلف إلى ابن أبي ليلى في مواريث لنا ليقسّمها وكان فيها حبيس وكان يدافعني فلمّا طال شكوته إلى أبي عبدالله عليه السلام فقال:أوما علم أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله أمر بردّ الحبيس

(١) و (٢) الكافي ج٧ ص٣٥ والفقيه ص٥٤١ .

وإنفاذ المواريث قال : فأتيته ففعل كما يفعل ، فقلت : شكوتك إلى جعفر بن محمّد عليهما السلام فقال لي : كيت كيت قال : فحلفني ابن أبي ليلى أنّه قد قال ذلك فحلفت له فقضى لي بذلك » .

ومكاتبة عليّ بن معبد[1] قال: كتب إليه محمّد بن أحمد بن إبراهيم في سنة ثلاث وثلاثين و مائتين يسأله عن رجل مات و خلف امرأة وبنين و بنات وخلف لهم غلاماً أوقفه عليهم عشر سنين ثمّ هو حرّ بعد العشر سنين ، فهل يجوز لهؤلاء الورثة بيع هذا الغلام وهم مضطرّون إذا كان على ماوصفته لك جعلني الله فداك ؟ فكتب لا يبيعوه إلى ميقات شرطه إلّا أن يكونوا مضطرّين إلى ذلك فهو جائز لهم » [2] بناء على إرادة الحبس من الوقف فيه ، و كذا خبر محمّد بن مسلم « سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل جعل لذات محرم جاريته حياتها ؟ قال : هي لها على النحو الّذي قال » [3] .

و خبر يعقوب بن شعيب عن أبي عبدالله عليه السلام سألته عن الرجل له الخادم تخدمه فيقول هي لفلان تخدمه ماعاش فاذا مات فهي حرّة فتأبق الأمة قبل أن يموت بخمس سنين أوستّ ، ثمّ يجدها ورثته ألهم أن يستخدموها قدرما أبقت قال : إذا مات الرّجل فقد عتقت » [4] و لايخفى أنّ مقتضى هذه الأخبار عدم خروج المحبوس عن الملكيّة فيشكل مايظهر من كلمات الفقهاء من الخروج عن الملكيّة و التفصيل بين الحبس لرجل مثلاً أو لقرابته و بين مثل حبس الفرس أو البعير في سبيل الله و الغلام و الجارية في خدمة بيوت العبادة مشكلٌ من جهة الإطلاق في صحيح ابن اُذينة و الإطلاق في خبر عبد الرّحمن المذكورين ، ويشكل أيضاً ما في المتن من عدم جواز التغيير مادام العين باقيّة فإنّه بعدرد المحبوس يتصرّف فيه فالوجه الّذي ذكر من عدم اعتبار الملكيّة

---

(١) وعلى بن معبد من أصحاب الهادى عليه السلام .

(٢) الفقيه ص ٥٤١ تحت رقم ١۶ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص .

(۴) الكافى ج ٧ص ٣٣ .

مع عدم التغيير و التصرّف بوجه لايتمّ ، و أيضاً لا يظهر على ما ذكر فرق بين الوقف و الحبس.

﴿ و أمّا الصدقة فهي التطوّع بتمليك العين بغير عوض ، ولاحكم لها مالم تقبض بإذن المالك . و تلزم بعد القبض وإن لم يعوض عنها . و مفروضها محرّم على بني هاشم إلّا صدقة أمثالهم أومع الضرورة ولابأس بالمندوبة ﴾ .

الصدقة تمليك بلاعوض مع قصد القربة و بهذا القيد تمتاز عن الهبة و الهديّة هذا هو المعروف ، و يشكل من جهة صدق الصدقة على العين الموقوفة باعتبار الوقف مع أنّ الواقف لايقصد تمليك الموقوف عليهم بل قصده التحبيس و التسبيل و من قال بحصول الملكيّة الموقّته بالنسبه إلى كلّ طبقة لايستند إلى قصد الواقف ، بل الظاهر أنّ النظر إلى أنّ الملك لابدّ له من المالك و كيف كان لابدّ من الإنشاء ولو بالفعل كالمعاطاة في البيع ، وأمّا عدم صحّتها بدون القبض فادّعى عليه الإجماع ، و قديستدلّ على اعتباره ببعض الأخبار الواردة في الوقف ، ولايخفى أنّ ما دلّ على اعتبارالقبض في الوقف لامجال للاستدلال به في المقام باعتبار صدق الصدقة على الوقف ، نعم لايبعد التمسّك بخبر عبيدبن زرارة ، عن أبي عبدالله عليه السلام « في رجل تصدّق على ولد له قد أدركوا قال : إذا لم يقبضوا حتّى يموت فهو ميراث فإن تصدّق على من لم يدرك من ولدهفهو جائز لأنّ الوالد هو الّذي يلي أمره » (١) و قال عليه السلام : « لايرجع في الصدقة إذا تصدّق بها ابتغاء وجه الله عزّوجلّ » (٢) .

و الظاهر أنّ القائلين باعتبار القبض نظرهم إلى اعتباره في الصّحة و هو الظاهر من قوله - قدّس سرّه - في المتن و لا حكم لها و إن كان قوله : « و تلزم بعد القبض» يؤمي الى مدخليّته في اللّزوم دون الصّحة .

و أمّا حرمة مفروضها علي بني هاشم فيدلّ عليها الأخبار في الجملة منها قول الصادق عليه السلام على المحكي في صحيح العيص قال فيه : « إنّ اُناساً من بني‌هاشم أتوا رسول‌الله صلى الله عليه وآله فسألوه أن يستعملهم على صدقات المواشي وقالوا : يكون لنا هذاالسهم

(١)و(٢) الفقيه ص ٥٤٢ تحت رقم ٢١ و ٢٢ .

الّذي جعله الله عزّ وجلّ للعاملين عليها فنحن أولى به ، فقال رسول الله صلّى الله عليه وآله : يا بني عبدالمطّلب إنّ الصدقة لاتحلّ لي ولالكم ولكن قد وعدت الشفاعة ـ الخ » [١] ويظهر من بعض الأخبار اختصاص الحرمة بالزّكاة المفروضة كما عن أبي اُسامة زيد الشحّام عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سألته عن الصدقة الّتي حرمت عليهم فقال : هي الزكاة المفروضة و لم يحرم علينا صدقة بعضنا على بعض » [٢] و ما عن إسماعيل بن الفضل الهاشميّ قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الصدقة الّتي حرمت على بني‌هاشم فقال هي‌الزكاة قلت : أفتحلّ صدقة بعضهم على بعض قال : نعم » [٣] و رواه الصدوق مرسلاً في المقنع .

و في قبال ما ذكر بعض الأخبار كمانقل الشيخ ـ قدّس سرّه ـ بإسناده عن محمّد بن الحسن الصفّار ، عن أحمد بن محمّد ، عن بعض أصحابنا رفع الحديث قال : « فالنصف له ـ يعني نصف الخمس للإمام عليه السلام ـ خاصّة ، والنصف لليتامى و المساكين و أبناء السبيل من آل محمّد الّذين لاتحلّ لهم الصدقة و لا الزكاة عوّضهم الله تعالى مكان ذلك بالخمس فهو يعطيهم على قدر كفايتهم ـ الخ » [٤] و مرسلة أحمد المضمرة قال : فيها « فالنصف له خاصّة والنصف لليتامى و المساكين و أبناء السبيل من آل محمّد صلّى الله عليه وآله الّذين لاتحلّ لهم الصدقةولاالزّكاة عوّضهم‌الله تعالى مكان ذلك بالخمس » [٥] المنجبرة بفتوى الأصحاب ولايبعد كونهما رواية واحدة ، و كيف كان لولا هذه المرسلة تعيّن اختصاص الحرمة بالزكاة المفروضة لحكومة ما دلّ على الاختصاص بالزّكاة المفروضة على الأخبار المطلقة ، لكنّه يشكل من جهة ما في المرسلة من عطف الزّكاة على

---

(١) الكافي ج ٤ ص ٥٨ .

(٢) التهذيب ج ١ ص ٣٦٥ ، و في الوسائل كتاب الزكاة أبواب المستحقين ب ٣١ ح ٤ .

(٣) الكافي ج ٤ ص ٥٩ .

(٤) التهذيب ج ١ ص ٣٦٦ .

(٥) المصدر ج ١ ص ٣٨٨ .

الصدقة إن لم يكن إشكال فيما دلّ على الإختصاص من جهة السند ، و مع التعارض لايبعد الأخذ بعموم مادلّ على التحريم لمرجعيّته أو مرجحيّته فتأمّل .

و أمّا الحلّيّة في المعطاة من أمثالهم أو مع الضرورة فقد سبق الكلام فيه في كتاب الزّكاة ويدلّ عليها في خصوص المعطاة من أمثالهم ما عن حمّاد بن عيسى ، عن بعض أصحابنا عن العبد الصالح عليه‌السلام في حديث طويل قال : « و إنّما جعل الله هذا الخمس خاصّة لهم (يعني بني عبد المطّلب) عوضاً لهم من صدقات النّاس تنزيهاً من الله لهم ولا بأس بصدقات بعضهم على بعض »[١] وقد سبق أيضاً حلّيّة الصدقات المندوبة ويدلّ عليها ما في خبر عبد الرّحمن بن الحجّاج عن أبي عبدالله عليه‌السلام ، أنّه قال : « لو حرمت علينا الصدقة لم يحلّ أن نخرج إلى مكّة لأنّ كلّ ما بين مكّة والمدينة فهو صدقة »[٢] .

﴿ والصدقة سرّاً أفضل منها جهراً إلّا أن يتّهم ، و أمّا الهبة فهي تمليك العين تبرّعاً مجرّداً عن القربة ولا بدّ فيها من الإيجاب والقبول و القبض ، و يشترط إذن الواهب في القبض ﴾ ،

أمّا أفضليّة الصدقة سرّاً فيدلّ عليها ماروى محمّد بن محمّد بن النعمان في المقنعة قال : قال عليه‌السلام في قوله تعالى «إن تبدوا الصدقات فنعمّا هي» قال ؟ فنزلت في الفريضة « و إن تخفوها وتؤتوها الفقراء فهو خيرٌ لكم » قال : ذلك في النافلة . قال : وقال أبوعبدالله عليه‌السلام : صدقة السرّ تطفيء غضب الرّبّ . قال : وقال عليه‌السلام : صدقة اللّيل تطفيء غضب الرّبّ و تمحو الذّنب العظيم ، وتهون الحساب ، وصدقة النهار تزيد في العمر وتنمي المال » وعن عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه‌السلام في حديث قال : « لو أنّ رجلاً حمل الزكاة فأعطاها علانية لم يكن عليه في ذلك عيب »[٣] .

ولا يبعد أن يقال : لايستفاد من هذا الخبر أفضليّة الجهر في الزكاة الواجبة فإنّه لايقال في الوصف الموجب للكمال لاعيب فيه فيصحّ الاطلاق في المتن أخذاً باطلاق قوله عليه‌السلام على المحكيّ في الخبر المذكور « صدقة السرّ تطفيء غضب الرّبّ » إلّا أنّه روي

(١) و(٢) الوسائل كتاب الزكاة أبواب المستحقين ب ٣١ ح ٣ و ب ٣٠ ح ١ .
(٣) الوسائل كتاب الزكاة أبواب الصدقة ب ١٣ .

في الحسن «كلّ ما فرض الله تعالى عليك فإعلانه أفضل من إسراره ، وكلّ ما كان تطوّعاً فإسراره أفضل من إعلانه فلو أنّ رجلاً حمل زكاة ماله على عاتقه علانيّة كان ذلك حسناً جميل» [1] .

و أمّا لو كان المتصدّق معرضاً للاتّهام بالإسرار فالمعروف حسن الإعلان و لعلّه لما هو المعروف من حسن الاتّقاء من مواضع التهم أو كراهة الوقوع فيها و على فرض استفادة الكراهة الشرعيّة لا الإرشاد تقع المزاحمة بين الحكمين ولا موجب لنفي الأفضليّة فتأمّل .

وأمّا الهبة فهي تمليك العين بلا عوض مقابل للعين مجرّداً عن قصد القربة وبهذا تمتاز عن الصدقة ، ولا مجال لدعوى صدق ما ذكر على الوقف لعدم حصول الملكيّة للموقوف عليهم كما مرّ في كتاب الوقف وعلى فرض التسليم و القول بالملكيّة الموقّتة لكلّ طبقة من الموقوف عليهم تمتاز بعدم التماميّة و عدم جواز التصرّف في العين بغير منفعتها بخلاف الملكيّة في المقام ، وقد عبّر بعض الأعلام عنها بتمليك مال طلقاً منجّزاً من غير عوض في مقابل الموهوب من غير اشتراط بالقربة ، و على هذا فلا اختصاص بالعين ، بل يشمل المنافع و الحقوق الّتي لها ماليّة ، و يؤيّد هذا التعبير بالهبة فيما لو وهب الزّوج ما استحقّ على الزّوجة المنكوحة بالنكاح المنقطع وعلى هذا فلا حاجة إلى القبول بل يكفي في هبة ما في الذمّة الانشاء من طرف الواهب ونتيجته براءة الذمّة من طرف الموهوب له ويشهد لهذا ما في بعض الأخبار و هو ما رواه في الكافي والتهذيب عن سماعة في الموثّق قال : سألته عن رجل ضرب ابنته و هي حبلى فاسقطة سقطاً ميتاً فاستعدى زوج المرأة عليه فقالت لزوجها إن كان لهذا السقط دية ولي فيه ميراث فإنّ ميراثي منه لأبي ؟ قال : يجوز لأبيها ماوهبت له » [2] وكيف كان تحتاج في العين إلى إنشاء من طرف الواهب والقبول من طرف المتّهب سواء كان الانشاء و القبول بالقول أو بالفعل كالمعاطات في البيع حيث إنّ سيرة العقلاء في المقام قائمة كباب البيع و بعد

(١) . . . .

(٢) الكافي ج ٧ ص ٣٤٦ .

صدق الهبة بالمعاطاة يترتّب عليها الآثار .

ومن العجب دعوى الإجماع على الاحتياج إلى الإنشاء القولي وقد اضطرب كلمات الأعلام في المقام ، وقد يقال : لازم القول بالملكيّة الجائزة في صورة تحقّق الهبة بالمعاطاة و عدم تحقّق اللّزوم إلّا بالتصرّف جواز رجوع الواهب حتّى لو كانت لذي رحم أو معوّضة مادام لم تلزم بالتصرّف ، و يشكل القول بالجواز مع ملاحظة مادلّ على اللّزوم في الصورتين و التمسّك بالإجماع في أمثال المقام كما ترى وقد سبق الكلام فيه في كتاب البيع ، ثمّ إنّ الموهوب قد يكون عيناً شخصيّة وقد يكون جزءاً مشاعاً من عين وقد يكون كلّياً في المعيّن كساع من صبرة معيّنة وقد يكون كلّياً في ذمّة الواهب ولا يبعد صحّة الهبة في جميع هذه لبناء العقلاء و عدم الرّدع بل لا يبعد التمسّك بمثل ما دلّ على لزومها في صورة كون المتّهب ذا رحم أو كانت معوّضة ولا إشكال في إمكان القبض و القبض في العين الشخصيّة و الجزء المشاع والكلّي في المعيّن يتحقّق بتسليط الواهب و استيلاء المتّهب على الموهوب ، و في الكلّي في الذمّة لا حاجة إلى شيء بل يتحقّق بالنسبة إلى من عليه الدّين لأنّ ما عليه بمنزلة المقبوض ، و أمّا لو كان الهبة راجعة إلى غير من عليه الدّين فالمشهور عدم صحّتها لأنّه كلّي لا وجود له في الخارج فلا يمكن قبضه . و اُجيب بأنّ قبض الكلّي بقبض أحد أفراده لأنّ الكلّي عين الأفراد فإذا أذن له الواهب في قبضه فقبضه صحّت و كذا لو قبضه الواهب ثمّ أقبضه أو أذن له في القبض ثمّ القبض لنفسه .

و يمكن الاستدلال عليه بصحيحة صفوان عن الرّضا عليه السلام «عن رجل كان له على رجل مال فوهبه لولده فذكر له الرّجل المال الّذي له عليه فقال : إنّه ليس فيه عليك شيء في الدّنيا و الآخرة يطيب ذلك له وقد كان وهبه لولد له قال عليه السلام : نعم يكون وهبه ثمّ نزعه فجعله لهذا »(١) حيث إنّ الظاهر أنّ المال الّذي على الرّجل دين فإنّه لو كان عيناً يعبّر بلفظ « عنده » لا « عليه » ولا أقلّ من ترك الاستفصال ، و يظهر من كلام الإمام عليه السلام على المحكيّ « نعم يكون و هبه ثمّ نزعه » أنّه لولا النزع كانت

---

(١) الوسائل كتاب الهبات ب ٢ ح ١ .

الهبة صحيحة ، ولا مجال للاشكال من جهة أنّ الهبة لذي رحم لازمة لايجوز الرّجوع فيها لعدم حصول القبض .

و أمّا لزوم القبض و اشتراطه في صحّة الهبة فهو المشهور المدّعى عليه الاجماع ، و عن جماعة كونه شرطاً في اللّزوم دون الصحّة .

ويدلّ على اشتراطه في الصحّة خبر أبي بصير عن أبي عبدالله عليه السلام الهبة لاتكون أبداً هبةً حتّى يقبضها و الصدقة جائزة عليه » [1] .

و موثّقة داود بن الحصين عنه أيضاً « النحلة و الهبة مالم تقبض حتّى يموت صاحبها ؟ قال عليه السلام : هي ميراث ، فان كان لصبيّ في حجره و أشهد عليه فهو جائز» [2] حيث إنّ نفي الصحّة أقرب إلى نفي الماهيّة من نفي اللّزوم لا يقال: مجرّد الأقربيّة لا يكفي لأنّه إذا كان المتكلّم الحكيم في مقام البيان لايلقى على المخاطب كلاماً يحتمل معنيين أحدهما أقرب وهو يريد المعنى الأبعد إلّا أن يكون قرينة معيّنة و وجه دلالة الموثّق المذكور أنّه لوكانت الهبة صحيحة غير لازمة كان الوارث بالخيار و لم يتعيّن كون المال الموهوب ميراثاً ، واستدلّ للقول الثاني بصحيحة أبي بصير ، عن أبي عبدالله عليه السلام « الهبة جائزة قبضت أو لم تقبض ، قسمت أو لم تقسم ، و النحل لا تجوز حتّى تقبض و إنّما أراد الناس ذلك فأخطأوا » [3] .

و خبر عبد الرّحمن بن سيابة عنه عليه السلام أيضاً « إذا تصدّق الرّجل بصدقة أوهبة قبضها صاحبها أولم يقبضها علمت أولم تعلم فهي جائزة» [4] و اُجيب بأنّ هذين الخبرين لايقاومان مادلّ على اشتراط القبض في الصحّة للاعتضاد بعمل المشهور و لأنّ مقتضاهما عدم شرطيّة القبض أصلاً لا كونه شرطاً في اللّزوم و ظاهرهم الاجماع على الشرطيّة في الجملة ، و على تقدير المقاومة و المعارضة اللّازم الرّجوع إلى الأصل ومقتضاه عدم حصول الملكيّة إلّا بعد القبض و دعوى أنّ مقتضى العمومات حصولها مدفوعة بأنّ مقتضاها

---

(۱) و (۲) التهذيب ج۲ ص۳۷۸ و الاستبصار ج۴ ص۱۰۷ .

(۳) الكافى ج۷ ص۳۱ .

(۴) التهذيب ج۲ ص۳۷۷ . و الكافى ج ۷ ص۳۳ .

حصول الملكيّة اللاّزمة و المفروض الاجماع على عدمها قبل القبض .

و يمكن أن يقال: إنّ مجرّد عمل المشهور لايوجب الوهن إلّا أن يظهر إعراضهم عن العمل و لم يظهر لامكان أن يكون الآخذ من جهة التخيير و الخبران المذكوران لا ينافيان شرطيّة القبض في اللّزوم في بعض الموارد كالهبة المعوضة و الهبة لذي رحم بل لعلّه لا يستفاد منهما إلّا الجواز بمعنى الصحّة في مقابل عدم الجواز بمعنى البطلان مضافاً إلى أنّ تحصيل الاجماع في مثل المقام مشكلٌ جدّاً ، و ما ذكر من أنّ مقتضى الأصل عدم حصول الملكيّة يشكل من جهة الاشكال في جريان الاستصحاب في الشبهات الحكميّة مضافاً إلى أنّه لا يبعد التمسّك بحديث الرّفع في رفع شرطيّة القبض في الصحّة و مع هذا لامجال لجريان الاستصحاب و إلى أنّ العمومات لا مانع من الأخذ بها و لم يظهر منها اللّزوم إلّا مثل « أوفوا بالعقود » و الظاهر خروج الهبة عنها و في غيره غنى وكفاية ، هذا مضافاً إلى أنّه بعد تعارض الأخبار يكون العام مرجّحاً أومرجعاً ومن المطلقات مارواه الشيخ عن عبدالرّحمن بن أبي عبدالله ، وعبدالله بن سليمان في الصحيح قالا : « سألنا أبا عبدالله عليه السلام عن الرّجل يهب الهبة أيرجع فيها ان شاء أم لا ؟ فقال: تجوز الهبة لذوي القرابة و الّذي يثاب عن هبته و يرجع في غير ذلك إن شاء »[1].

ثمّ إنّه ربما يظهر من بعض الأخبار عدم الحاجة في الهبة للصبيّ إلى القبض و هو ما رواه الشيخ في الصحيح عن أبان، عمّن أخبره عن أبي عبدالله عليه السلام قال:«النحل و الهبة مالم تقبض حتّى يموت صاحبها ، قال : هي بمنزلة الميراث و إن كانت لصبيّ في حجره و أشهد عليه فهو جائز قال : سألته هل لأحد أن يرجع في صدقته و هبته ؟ قال: إذا تصدّقت لله فلا ، و أمّا النحل و الهبة فيرجع فيها حازها أولم يحزها، و إن كان لذي قرابة »[2] .

---

(١) التهذيب ج٢ ص٣٧٧ .

(٢) جاءت هذه الرواية فى التهذيب ج ٢ ص ٣٧٧ . وفي الاستبصار ج٣ ص ١٠٦ و ١٠٧ عن على بن الحسن بن فضال عن العباس بن عامر عن داود بن الحصين عن أبى عبدالله عليه السلام .

و يمكن أن يكون النظر إلى أنّه يلي أمره فكأنّه مقبوضٌ للصبيّ لكنّه ليس كلُّ صبيٍّ في حجر إنسان مولّى عليه للإنسان و الظاهر أنّه لابدّ للوليّ من قصد أن يكون ما بيده بعنوان المقبوضة للمولّى عليه و ظاهر الرّواية عدم الحاجة إلى القبض في النحل و الهبة للصبيّ الّذي في حجره .

و أمّا اشتراط كون القبض باذن الواهب فهو المشهور، و عن المسالك أنّه لاخلاف فيه و في الجواهر أنّ عليه الاجماع لأصالة عدم ترتّب الأثر و عدم الانتقال مع عدم إطلاق يوثق به مع احتمال أن يقرء يقبض من باب الافعال فيكون ظاهراً في اعتبار الاذن ، و استشكل فيه بوجود الاطلاق ومنع عدم الوثوق وأصالة عدم شرطيّة الاذن و القدر المتيقّن اعتبار وصول المال إلى يدالمتّهب و لذا لوكان بيده كفى .

و استدلّ أيضاً على اشتراط الإذن بأنّ المفروض أنّ المال بعد باقٍ على ملكية الواهب و لا يجب عليه إقباضه فيحرم قبضه من دون إذنه ، و اورد عليه أنّ الحرمة مطلقاً ممنوعة مع أنّها لا يوجب فساد القبض ، و يمكن أن يقال : لا إشكال في إطلاق المطلقات فإن بنينا على الأخذ بما دلّ على اعتبار القبض فلابدّ من تقييدها و القدر المتيقّن اعتبار نفس القبض لأنّه مع احتمال قراءة يقبض من باب الإفعال يصير بمنزلة المجمل المردّد بين الأقلّ و الأكثر و المعروف أنّه مع الإجمال بهذا النحو يرجع إلى العام أو المطلق لأنّه لا يرفع اليد عن الحجّة إلّا بالحجّة و المقيّد مع الإجمال ليس حجّة في الجهة الزائدة ، ومع التشكيك في الإطلاق يرجع إلى الأصل والمعروف عند الفقهاء - رضوان الله تعالى عليهم - أنّ مقتضى الأصل الفساد لاستصحاب عدم حصول الملكيّة و إن بنينا على اعتبار القبض في اللّزوم فمقتضى الأصل عندهم استصحاب عدم اللّزوم و قد سبق أنّ الاستصحاب في الشبهات الحكميّة محلُّ إشكال و مع قطع النظر عن هذا لامانع من الرّجوع إلى حديث الرّفع في الشكّ في الشرطيّة ، و معه لامجال للرُّجوع إلى الاستصحاب و إن بنينا على حجيّته في الشبهات الحكميّة .

و أمّا ما ذكر من حرمة التصرُّف في مال الغير بدون إذنه ففيه أنّه لا مانع من ترتّب الحكم الوضعي على ما يكون حراماً بالحرمة التكليفيّة ، و يؤيّده أنّ المشهور

كفاية كون الموهوب في يد المتّهب من دون حاجة إلى قبض جديد بالاسترداد ، ثمّ القبض سواء كان اليديد أمانة أو ضمان حتّى لو كانت يد غصب و قد مرّ نظير هذا في كتاب الرّهن ، هذا كلّه و لكن مخالفة المشهور مشكلة .

﴿ و لو وهب الأب أو الجدّ للولد الصغير لزم لأنّه مقبوض بيد الولي ، و هبة المشاع جائزة كالمقسوم ، و لا يرجع في الهبة لأحد الوالدين بعد القبض ، و في غيرهما من ذوي الرّحم على الخلاف ﴾ .

أمّا عدم الحاجة في هبة الأب أو الجدّ للأب للصغير المولّى عليه إلى القبض الجديد فيدلّ عليه الصحيح المتقدّم ، عن أبان ، عن أبي عبدالله عليه السلام ، وموثّق داود ابن الحصين عنه عليه السلام أيضاً « النحلة و الهبة مالم تقبض حتّى تموت صاحبها ، قال عليه السلام هي ميراث فإن كانت لصبيّ في حجره فأشهد عليه فهو جائز »[1].

و يمكن الاستدلال برواية محمّد بن مسلم « و إن تصدّق على من لم يدرك من ولده فهو جائز ، فإنّ والده هو الّذي يلي أمره » .[2] فإنّ مقتضى التعليل فيها أنّ من يلي الأمر قبضه كاف فالقبض اللاّزم في الهبة حصل بقبض الوليّ و لازم هذا قصد الوليّ لأنّ مجرّد كون الموهوب بيد الوليّ ليس قبضاً للمولى عليه و حمل هذه الأخبار على التنزيل بأن يقال كون الموهوب أو الصدقة بيد الوليّ بلاقصد بمنزلة القبض بعيد و لا يناسب التعليل المذكور و لابدّ من الاقتصار على ما كان الموهوب بيد الواهب ، و لا مجال للأخذ بإطلاق الخبرين لمعارضتهما مع ما دلّ على اعتبار القبض وهو ما رواه الشيخ ـ قدّس سرّه ـ في التهذيب في القويّ ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قال : « الهبة لاتكون أبداً هبة حتّى يقبضها والصدقة جائزة عليه »[3] إلاّ أن يستشكل من جهة ضعف السند مع انصراف الخبرين عن صورة خروج الموهوب عن يدالوليّ فتأمّل .

---

(١) التهذيب ج ٢ ص ٣٧٧ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٣٧٧ و الاستبصار ج٤ ص ١٠١ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٣٧٧ و الاستبصار ج ٤ ص ١٠٧ .

و أمّا جواز هبة المشاع فالظاهر أنّه لا خلاف فيه و يدلّ عليه ما رواه في الكافي عن أحمد بن عمر الحلبي، عن أبيه قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن دار لم تقسم فتصدّق بعض أهل الدّار بنصيبه من الدّار؟ قال: يجوز، قلت أرأيت إن كانت هبة؟ قال: يجوز»[1] و يقع الكلام في كيفيّة قبضه ففي ما يكتفي فيه من جهة القبض بالتخلية لا حاجة إلى إذن الشريك إذهي لاتستلزم التصرّف في العين المشتركة، و أمّا في ما يحتاج قبضه إلى النقل و التحويل فلايجوز بدون إذن الشريك فإن أذن فهو و إن امتنع منه فللمتّهب توكيله في القبض عنه و إن امتنع منه يرفع الأمر إلى الحاكم و مع عدم التمكّن من الرّجوع إليه يرجع إلى عدول المؤمنين و مع عدمهم قيل: إنّه يكفي التخلية.

و استشكل بعدم صدق القبض بمجرّد التخلية فلايتحقّق القبض و يمكن أن يقال: فيما يكتفي فيه بمجرّد التخلية كيف يكتفي بتخلية الواهب مع عدم تخلية الشريك فيحتاج إلى المراجعة إلى الشريك وذلك لأنّه إذا كان مثل الدّار مشتركة بين شخصين فإذاكانا متصرّفين كأن يكونا ساكنين فيها فهي بأيديهما، وإن كان أحدهما ساكناً فيها مع خروج الآخر فهي بيده و مجرّد خروج أحدهما ليس قبضاً بالنسبة إلى الثالث إلّا أن يسكن الثالث مقامه أو يخرج الشريك و يخلّي الدّار للثالث، وأمّا ما لا يكتفي فيه بالتخلية فمع امتناع الشريك فبأيّ نحو يجوز للواهب إعمال السلطنة في سهمه ولوبمراجعة الحاكم والقسمة الإجباريّة يجوز إقباض الموهوب لسهمه.

وأمّا عدم الرّجوع في الهبة لأحد الوالدين فيدلّ عليه صحيحة محمّد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام «الهبة و النحلة يرجع فيهما إن شاء حيزت أو لم تحز إلّا لذي رحم»[2].

وصحيحة عبد الرّحمن بن أبي عبدالله وعبدالله بن سليمان، عن أبي عبدالله عليه السلام «عن الرّجل يهب الهبة أيرجع فيها إن شاء أم لا فقال عليه السلام: تجوز الهبة لذوي القرابة

---

(۱) المصدر ج ۷ ص ۳۴.

(۲) التهذيب ج ۲ ص ۳۷۷. والاستبصار ج ۴ ص ۱۰۸.

و الّذي يثاب من هبته ، ويرجع في غير ذلك إن شاء »[1] .

و ربما تختلج بالبال الخدشة من جهة انصراف ذي رحم إلى من هو أبعد من الوالدين ، ألا ترى أنّه لو أوصى بشيء للأقارب و الأرحام يشكل شموله للأبوين أو الأولاد إلّا أن يقال : مقتضى المناسبة بين الحكم والموضوع الشمول و ادّعي الإجماع و كذا في هبة الأبوين للأولاد هنا و مقتضي الصحيحين عدم جواز الرّجوع بالنسبة إلى غير الأبوين و الأولاد من الأرحام ، ولكن عن جماعة جواز الرّجوع فيهم لمرسلة أبان عن أبي عبدالله عليه السلام « هل لأحد أن يرجع في صدقته وهبته ؟ قال عليه السلام : إذا تصدّقت لله فلا ، و أمّا النحل فيرجع فيها حازها أو لم تحزها و إن كان لذي قرابة »[2].

واُجيب بعدم مقاومة المرسلة واحتمال أن يكون قوله عليه السلام على المحكيّ « وان كان ـ الخ» قيداً لقوله عليه السلام أولم تحزها ، ويمكن أن يقال : إن كان عدم المقاومة من جهة الإرسال فبعد أخذ الفقهاء بها يشكل الاشكال من جهة السند ، وأمّا من جهة الدلالة بما ذكر فالظاهر أنّ الضمير في كان راجع إلى الإعطاء أو ما يرادفه المسئول عن حكمه سابقاً فيبعد رجوعه إلى ما يعلم من خصوص لم تحزها ، فمع بعده كيف يحمل عليه كلام الحكيم مع كونه في مقام البيان ، ألا ترى أنّه لا مجال لحمل إلّا لذي رحم في صحيحة محمّد بن ـ مسلم المذكورة استثناءً من خصوص أولم تحز ، و لا يخفى أنّ هذا كلّه على المشهور من جواز الرّجوع في الهبة ، و قد اختلفت الأخبار فيه فالأخبار الدّالّة على الجواز منها الصحيحتان المذكورتان و المرسلة المذكورة ، و منها صحيح زرارة « ولا ينبغي لمن أعطى لله شيئاً أن يرجع فيه ، و مالم يعط لله و في الله فإنّه يرجع فيه نحلة كانت أو هبة حيزت أولم تحز ولا يرجع الرّجل فيما وهب لامرأته »[3] إلى غير ما ذكر .

و في قبالها ما يظهر منه عدم الجواز منها خبر إبراهيم بن عبد الحميد ، عن أبي عبدالله عليه السلام « أنت بالخيار في الهبة مادامت في يدك فإذا خرجت إلى صاحبها فليس

---

(١) التهذيب ج ٢ ص ٣٧٧ والاستبصار ج ٤ ص ١٠٩ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٣٧٧ .

(٣) الاستبصار ج ٤ ص ١١٠ .

لك أن ترجع فيها ، قال رسول الله صلى الله عليه وآله : من رجع في هبته فهو كالراجع في قيئه »[١].

و منها خبر أبي بصير « عن الرجل يشتري المبيع فيوهب له الشيء و كان الذي اشتري لؤلؤاً فوهب له لؤلؤاً فرأى المشتري أن يردّ ، أيرد ما وهب له ؟ قال عليه السلام : الهبة ليس فيها رجعة وقد قبضها إنّما سبيله على البيع فإن ردّ المبتاع المبيع لم يردّ معه الهبة »[٢].

ومنها خبر محمد بن عيسى «كتبت إلى عليّ بن محمد عليهما السلام رجل جعل لك - جعلني الله فداك - شيئاً من ماله ثم احتاج إليه أيأخذه لنفسه أويبعث به إليك ؟ قال : هو بالخيار في ذلك مالم يخرجه عن يده ولو وصل إلينا رأينا أن نواسيه وقد احتاج إليه »[٣].

و منها خبر الجرّاح المدائني ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله « من رجع في هبته كالراجع في قيئه »[٤].

وقد يقال : إنّ هذه الأخبار لاتقاوم ماتقدّم من الأخبار لأصحّيتها وأكثريّتها وأظهريّتها دلالةً . ويمكن أن يقال : إذا كان النظر إلى الترجيح بما ذكر لا إلى الإشكال في الحجيّة مع قطع النظر عن المعارضة يشكل ماذكر من جهة عموم « أوفوا بالعقود» فهو مرجّح أو مرجع ، و حمل الأخبار المذكورة على الكراهة بعيد جدّاً ، و التعبير بأنّه كالراجع في قيئه لايؤيّد الكراهة لأنّه يمكن أن يكون من جهة خبث القيء الموجب للحرمة لامن جهة تنفر الطبع لكن مع ذلك لامجال لمخالفة المشهور .

﴿ ولو وهب أحد الزّوجين الآخر ففي الرجوع تردّد ، أشبهه الكراهية ويرجع في هبة الأجنبيّ مادامت العين باقية مالم يعوّض عنها ، وفي الرّجوع مع التصرّف قولان أشبههما الجواز ﴾ .

---

(١) التهذيب ج ٢ ص ٣٧٨ .

(٢) المصدر ج ٢ ص ٣٧٨ .

(٣) الوسائل كتاب الهبات ب ٤ ح ٨ .

(٤) الاستبصار ج ٣ ص ١٠٩ .

أمّا رجوع أحد الزّوجين فيما وهب للآخر فمقتضى صحيح زرارة المذكورة عدم جوازه و يدلّ عليه أيضاً صحيحة زرارة ، عن أبي عبدالله عليه السلام « إنّ الصدقة محدثة إنّما كان النّاس على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله ينحلون و يهبون ، و لاينبغي لمن أعطى لله عزّ و جلّ شيئاً أن يرجع فيه ، قال : و ما لم يعط لله و في الله فإنّه يرجع فيه نحلة كانت أوهبة ، حيزت أو لم تحز ولايرجع الرّجل فيما يهب لامرأته و لا المرأة فيما تهب لزوجها حيز أولم يحز ، أليس الله تبارك وتعالى يقول : « ولايحلّ لكم أن تأخذوا ممّا آتيتموهنّ شيئاً » و قال : « فان طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً » وهذا يدخل فيه الصدقة و الهبة »[1] .

و المشهور على الجواز مع الكراهة لصحيح محمّد بن مسلم ، عن أحدهما عليهما السلام أنّه سئل « عن رجل كانت له الجارية فآذته امرأته . فيها ، فقال : هي عليك صدقة ، فقال : إن كان قال : ذلك لله فليمضها و إن لم يقل فله أن يرجع إن شاء فيها »[2] .

و استشكل في الاستدلال به باحتمال كون المراد أنّه إذا قصد الصدقة و لم يقل لله فله الرّجوع حيث أنّها مشروطة بقصد القربة ، مع أن الصحيحة موافقة للكتاب بناء على أنّ المراد بما آتيتموهنّ أعمّ من الصدقة و الهبة لقوله عليه السلام في آخره .

و يمكن أن يقال : إذا قصد الصدقة الّتي اُخذ فيها قصد القربة فلاحاجة إلى قول لله فيظهر من الرّواية أنّه ماقصد حيث لم يقل فالإعطاء بقصد القربة يجوز الرّجوع فيه و بدون الإعطاء لا يصدق الرّجوع و الإعطاء بلاقصد القربة هبة فبقرينة ذكر الرّجوع يفهم تحقّق الإعطاء ، ويمكن الاستدلال للمشهور بصحيحة عبد الرّحمن بن أبي عبدالله ، و عبدالله بن سليمان ، عن أبي عبدالله عليه السلام «عن الرّجل يهب الهبة أيرجع فيها إن شاء أم لا ؟ فقال عليه السلام : تجوز الهبة لذوي القرابة والّذي يثاب من هبته ويرجع في غير ذلك»[3] فيدور الأمر بين تخصيص ويرجع في غير ذلك وحفظ ما ظهر منه عدم

(١) الكافي ج ٧ ص ١١٠ و الاستبصار ج ٤ ص ١١٠ . وفيه « حيزا أولم يحازا» .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٣٨٨ .

(٣) تقدم ص .

الجواز على ظهوره و بين حفظ هذا الظهور و حمل ما ذكر على الكراهة الزّائدة على كراهة مطلق الرّجوع في الهبة قد يقوّي التخصيص بملاحظة الذكر مع الصدقة الّتي لارجوع فيها لكنّه ذكر الواجب و المستحبّ و كذا الحرام و المكروه ليس بعزيز ، و المسئلة لا تخلو عن الإشكال و الاحتياط بعدم الرّجوع .

و أمّا الرجوع في الهبة للأجنبي في الجملة فقد سبق الكلام فيه .

و أمّا صورة التعويض فادّعي الإجماع فيها على اللّزوم و عدم الرّجوع و يدلّ عليه ما رواه الشيخ ، عن عبد الرّحمن بن أبي عبد الله في الصحيح المتقدّم ، و ما روي في الصحيح أو الحسن ، عن عبدالله بن سنان ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « إذا عوّض صاحب الهبة فليس له أن يرجع »(١) .

و قد يقال بجواز التعويض بنفس ما وهب كلّاً أو جزءاً كأن يقول الواهب : وهبتك بشرط أن تهبني إيّاه بعد شهر أو سنة ، و يشكل لا من جهة عدم صدق العوض على نفس الشيء لعدم المعاوضة في الموهوب بل المعاوضة بين التمليكين هبة وهبةاُخرى عوضها بل من جهة الانصراف و عدم صدق الهبة للّذي يثاب من هبته كما في الصحيح الأوّل و ما يقال من أنّه لابدّ أن يكون برضى الواهب مع قصد العوضيّة مشكل لإطلاق الدّليل ، و لا مانع من جواز الهبة أوّلاً وبعد إعطاء العوض تبدّل الجواز باللّزوم .

وأمّا صورة التصرّف في العين الموهوبة للأجنبي ففيه أقوال : أحدها سقوط الجواز و عدم جواز الرّجوع مطلقاً ، الثاني عدم السقوط مطلقاً ، الثالث التفصيل بين مثل البيع و الصلح و الهبة من التصرّفات الناقلة للملك و مثل الاستيلاد المانع للرّدّ ومثل الطحن و النجر و الخياطة و نحوها ممّا يكون مغيّراً للصورة و بين ما لا يكون كذلك كالسكنى وركوب الدّابة و تعليفها ولبس الثوب و نحوها ممّالا يكون مغيّراً للصورة .

والمدرك في المسئلة ما رواه في الكافي و التهذيب في الصحيح أوالحسن عن الحلبيّ ،

---

(١) التهذيب ج ٢ ص ٣٧٨ .

وجميل عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « إذا كانت الهبة قائمة بعينها فله أن يرجع فيها وإلاّ فليس له [١] » .

و قيام العين بعينها أمر عرفيّ كساير المفاهيم العرفيّة وقد يحصل الشكّ فمع مثل البيع و الصلح والهبة مع لزومها الظاهر أنّه عند العرف ليست العين قائمة بعينها لكنّه مع حصول الإقالة أوالفسخ يشكل صدق عدم القيام بعينها لأنّها بنظر العرف من قبيل إعادة المعدوم ، ومثل الاستيلاد ليس عند العرف موجباً لعدم القيام بعينها بل المنع من قبل الشرع فلعلّه من باب تزاحم الحكمين ، والظاهر أنّ ما يكون مغيّراً للصّورة كالطحن والنجر ونحوهما مناف للقيام بعينها دون مثل السكنى والرّكوب والتعليف ، وقد يقع الشكّ كحصول وصف كمال لها من دون حصول نقصان في أوصافها السابقة ، فمع الشكّ المرجع عموم أو إطلاق أدلّة جواز الرّجوع في غير الموارد المستثناة لما هو المقرّر في الأصول من الرّجوع إلى العامّ أو المطلق عند إجمال المخصّص أو المقيّد والدّوران بين الأقلّ والأكثر .

فالحقّ في المسئلة التفصيل ، و مع الإطلاق أو العموم لا مجال في موارد الشكّ للرّجوع إلى الاستصحاب كما لا يخفى و إن قلنا بجريان الاستصحاب في الشبهات الحكميّة .



(١) الكافي ج٧ ص٣٢ . والتهذيب ج٢ ص٣٧٧ .

﴿كتاب الوصايا﴾

☆(وهي تستدعي فصولا)☆

﴿الأوّل الوصيّة تمليك عين أومنفعة أو تسليط على تصرّف بعد الوفاة ويفتقر إلى الايجاب و القبول﴾ .

الوصيّة إمّا تمليكيّة أوعهديّة ، ولاإشكالفيعدم الحاجة فيالعهديّة إلىالقبول وإن كان يظهر من عبارة المتن اشتراطه مطلقاً ، وقد يقال بعدم الحاجة إلى القبول في التمليكيّة أيضاً ، غاية الأمر ردّالموصى له مانع ، ولازمهذا أنّه لو لم يقبلالموصىله ولم يردّ كان الموصى به ملكاً له ، و يكون نماؤه المتّصلة والمنفصلة له ، ولا يلتزمون به ، بل ظاهر كلماتهم أنّه مع عدم القبول والردّ والامتناع يجبر لملاحظة حالالورثة و الإنصاف أنّه لادليل على اعتبار القبول بملاحظة الأخبار بلالظاهرمنبعضها حصول الملكيّة بمجرّد الوصيّة فلاحظ صحيحة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام « في رجل أوصى بثلث ماله في أعمامه و أخواله ، فقال : لأعمامه الثلثان ولأخواله الثلث [1]» .

و ما في التهذيب عن عبد الرّحمن بن أبي عبدالله قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن المرأة قالت لأمّها : إن كنتِ بعدي فجاريتي لك ، فقضي أنّ ذلك جائز ، و إن ماتت الابنة بعدها فهي جاريتها [2]» .

إلّا أن يقال في الصحيحة : لعلّ نظر السائل إلى كيفيّة تقسيم الموصى به بين الأعمام و الأخوال بعد الفراغعن تماميّةالوصيّة ولاتعرّض لها لنحوتماميّةالوصيّة، وهذا نظير سؤالالسائل : رجلٌ باعداره مندون ذكرلقبول المشتري . ولايبعدالتمسّك بما رواه العبّاس بنعامر في الصحيح قال : «سألته عن رجل أوصى له بوصيّة فمات قبل أن يقبضها ولم يترك عقباً ، قال : اُطلب له وارثاً أو مولى نعمة فادفعها إليه ، قلت :

---

(١) الفقيه ص ٥٣٠ تحت رقم ١ .

(٢) المصدر ج ٢ باب الوصية للوارث تحت رقم ٨ .

فإن لم أعلم له ولياً ؟ قال : أجهد على أن تقدر له على ولي ، فان لم تجده و علم الله منك الجدّ فتصدّق بها[١] ». حيث لم يستفصل في الجواب أنّ الموصى له قبل أولم يقبل ، فلو كان القبول لازماً في الصحّة لزم حسب القاعدة أن يرجع الموصى به إلى وارث الموصي .

و المحكيّ عن المختلف بعد نقل الأقوال : و المعتمد أن نقول : الوصيّة إن كانت لغير معيّن كالفقراء و المساكين ومن لايمكن حصرهم كبني هاشم أو على مصلحة كمسجد أوقنطرة أو حجّ أو مدرسة أو غير ذلك لم يفتقر إلى القبول و لزمت بمجرّد الموت لتعذّر اعتبار القبول من جميعهم فسقط اعتباره كالوقف عليهم . وإن كانت لمعيّن افتقرت إلى القبول ، ولا يحصل الملك قبله لأنّ القبول معتبر فتحصيل الملك لهقبل قبوله لاوجه له مع اعتباره ولأنّه تمليك عين لمعيّن ، فلم يسبق الملك القبول كسائر العقود ، ولأنّ الموصى له لو ردّ الوصيّة بطلت ، ولو كان قد ملك بمجرّد الإيصاء لم يزل الملك بالرّدّ كما بعد القبول ، و لأنّ الملك في الماضي لايجوز تعليقه بشرط مستقبل لامتناع تقدّم المشروط على شرطه .

و يمكن أن يقال : إن كانت الوصيّة التمليكيّة عقداً و كلّ عقد يحتاج إلى الإيجاب و القبول بخلاف الايقاع فكيف يقال في الوصيّة لغير معيّن أو على المصلحة لاحاجة إلى القبول و مجرّد تعذّر القبول لا يصحّح ، و إن منعنا كون الوصيّة عقداً فلا نجد الفرق بين الوصيّة لمعيّن و بين غيرها .

و ممّا يؤيّد عدم كونها عقداً أنّ القائلين باعتبار القبول يكتفون بقبول وارث الموصى له مع موت الموصى له قبل القبول و من المعلوم أنّ الوارث ليس طرف للعقد و ليس القبول من الحقوق الموروثة ، فيكون من قبيل موت طرف العقد قبل القبول .

و أمّا ما ذكر من امتناع تقدّم المشروط على شرطه ، فيمكن الجواب عنه بأنّ الرّدّ كاشف عن عدم تحقّق الملكيّة من الأوّل فالمقام نظير عزل مقدار من تركة الميّت

---

(١) الفقيه ص ٥٣٠ تحت رقم ٣ . و الاستبصار ج ٤ ص ١٣٨ : و التهذيب ج ٢ ص ٣٩٧ .

بملاحظة الحمل فإن ولد حياً يرث سهمه من التركة و إلّا فهو ميراث للورثة ، و الحاصل أنّه إن تحقّق الإجماع على الحاجة إلى القبول فهو و إلّا فالمرجع عموم أو إطلاق أدلّة صحّة الوصيّة و نفوذها و مع الخدشة المرجع الأصل ، فإن بنينا على أنّ الأصل في أمثال المقام الفساد من جهة استصحاب عدم تحقّق الملكيّة بدون القبول يحكم بالفساد ، و إن قلنا بأنّ حديث الرّفع لامانع من جريانه في أمثال المقام يحكم بالصحّة ، و لا يخفى أنّه إن كان الأصل الفساد من جهة عدم العموم و الاطلاق فمجرّد ما ذكر لعدم لزوم القبول في الوصيّة لغير المعيّن و للمصلحة لا يوجب الصحّة ، بل لابدّ من تحقّق القبول ولو من بعض ككفاية قبض البعض في الوقف على عنوان كعنوان الفقراء أو الحاكم إن قلنا بولايته في أمثال المقام ، و مع عدم الدّليل على الولاية بهذا النحو يشكل الحكم بالصحّة لعدم تماميّة الوصيّة حتّى يقال : إنفاذ الوصيّة لازم فيدور الأمر بين أن يكون بيد كلّ أحد أو خصوص الحاكم فالقدر المتيقّن هو الحاكم ، فعدول المؤمنين، ففسّاقهم.فليس المقام من قبيل الوصيّة العهديّة مع عدم تعيين الوصي أو موته ، لكنّ الظاهر تسالمهم على عدم الحاجة إلى القبول .

و قد يقال : إنّ الوصيّة في هذه الصورة ليست تمليكيّة بل هي عهديّة فليست عقداً يحتاج إلى القبول ، و يشكل من جهة أنّه إذا لم يعمل الوصيُّ بالوصيّة فكيف يملك الموصى له الموصى به لأنّ الوصي هو الّذي يملك دون الموصي فلم يحصل الملك و هذا خلاف ما تسالموا عليه ، و قد علّل كونها عهديّة بعدم صحّة تملّك الغير المعيّن أو الجهة . ولايخفى الاشكال فيه .

﴿ و تكفي الاشارة الدّالّة على القصد ، و لا تكفي الكتابة ما لم تنضمّ القرينة الدّالّة على الارادة ، ولا يجب العمل بما يوجد بخطّ الميّت و قيل : إن عمل الورثة ببعضها لزمهم العمل بجميعها،و هو ضعيف . ولا تصحّ الوصيّة بمعصية كمساعدة الظالم وكذا وصيّة المسلم للبيعة و الكنيسة ﴾ .

أمّا كفاية الاشارة الدّالّة على القصد في الجملة فالظاهر عدم الخلاف فيها ، واستدلّ بصحيح الحلبيّ عن أبي عبدالله عليه السلام «إنّ أباه حدّثه عن أبيه أنّ اُمامة

بنت أبي العاص بن الرّبيع و اُمّها زينب بنت رسول الله صلّى الله عليه وآله كانت تحت عليّ صلوات الله عليه بعد فاطمة عليها السلام فخلف عليها بعد عليّ عليه السلام المغيرة بن النوفل فذكر أنّها وجعت وجعاً شديداً حتّى اعتقل لسانها وأتاها الحسن و الحسين ابنا عليّ عليهم الصلاة و السلام وهي لاتستطيع الكلام فجعلا يقولان لها ــ والمغيره كاره لما يقولان ــ : اعتقت فلاناً و أهله فجعلت تشير برأسها : لا ، كذا و كذا [1] فجعلت تشير برأسها : نعم ، لا تفصح بالكلام فأجازا ذلك لها » . و خبر عليّ بن جعفر ، عن أخيه المرويّ عن قرب الاسناد « سألته عن رجل اعتقل لسانه عند الموت أو امرأة فجعل أهاليهما يسائله اعتقت فلاناً و فلاناً ؟ فيؤمي برأسه أو تؤمي برأسها في بعض : نعم ، و في بعض : لا ، و في الصدقة مثل ذلك أيجوز ذلك ؟ قال : نعم هو جائز »[2] .

و لا يخفى عدم ظهور الرّوايتين في الوصيّة بل يمكن أن يكون الاشارة من المريض راجعة إلى الاعتاق عند الموت أو التصدّق عنده أو الاقرار بهما ، و المعروف أنّه يكتفي بالاشارة مع العجز عن النطق و لا يبعد اعتبارها حتّى مع التمكّن لاكتفاء العقلاء في مقاصدهم بالاشارة ، و لم يقم دليلٌ على لزوم التلفّظ يوجب الرّدع إلاّ أنّ المشهور عدم اعتبارها مع التمكّن فان تمّ الاجماع و إلاّ فلا وجه له و لعلّه لهذا صرّح في المتن بالكفاية من دون تقييد العجز وكذا الكتابة مع قصد الانشاء بهما و في خبر سدير عن أبي جعفر عليه السلام قال : « دخلت على محمّد بن الحنفيّة وقد اعتقل لسانه فأمرته بالوصيّة فلم يجب فأمرت بطست فجعل فيه الرّمل فوضع فقلت : خطّ بيدك ، فخطّ وصيّته بيده في الرّمل و نسخته أنا في صحيفة »[3] .

ولم يظهر من هذا الخبر مدخليّة العجز في اعتبارها بل لعلّ العدول إلى الكتابة بعد العجز عن النطق من جهة أسهليّة النطق .

---

(١) الفقيه ص ٥٢٦ و التهذيب آخر كتاب العتق و أحكامه و فيه « فتشير برأسها نعم كذا وكذا » و كذا في الاستبصار و موضع آخر من التهذيب ص ٤٠٠ .

(٢) الوسائل ج٢ ص٦٧٤ كتاب الوصية ب٤٩ ح٢ .

(٣) الفقيه ص ٥٢٦ تحت رقم ١ .

و أمّا ما كتب الميّت بخطّه فظاهر المتن عدم وجوب العمل به و لم يظهر وجهه مع كفاية الكتابة في الوصيّة و بناء العقلاء على العمل في مقاصدهم و اكتفاء المأمورين إذا صدر من اُمرائهم أوامرهم في الامور الخطيرة ، بل بناء الفقهاء في الأحاديث بما كتب في الكتب ، و النصوص الناهية عن أن يبيت الانسان إلّا و وصيّته تحت رأسه ، و من المعلوم أنّ الغرض العمل بها إذا مات و لعلّ نظر المانعين إلى صورة عدم حصول القطع أو الاطمينان بأنّه خطّ الميّت أو إرادة الوصيّة .

و أمّا عدم صحّة الوصيّة بمعصية بمعنى صرف المال في المعصية فلا إشكال فيهولا خلاف و لا يمكن تنفيذها و يدلّ عليه الخبر « عن قول الله تعالى : « فمن بدّله بعد ما سمعه ـ الآية » قال : نسختها الّتي بعدها « فمن خاف من موص جنفاً أو إثماً » قال : يعني الموصى إليه إن خاف جنفاً من الموصي [في ثلثه] فيما أوصى به إليه ممّا لا يرضى الله تعالى من خلاف الحقّ فلا إثم على الموصى إليه أن يبدّ له إلى الحقّ و إلى ما يرضى الله تعالى به من سبيل الخير » (١) .

ونحو المرسل المضمر عنه أنّه تعالى أطلق للموصى إليه أن يغيّر الوصيّة إذا لم تكن بالمعروف و كان فيها جنفاً و يردّه إلى المعروف لقوله تعالى « فمن خاف من موص جنفاً أو إثماً فأصلح بينهم فلا إثم عليه » (٢).

و لعلّ المراد من النسخ في الخبر الأوّل التخصيص لعدم إمكان الحمل على النسخ بمعناه المعروف ولعلّ المراد من التبديل عدم العمل بها لا التبديل بمعناه الظاهر كما لو أوصى بصرف ثلثه في البيع و الكنائس فبدّل الوصيّ في عمارة المسجد لعدم الدّليل عليه غير الخبرين وإثبات مثل هذا الحكم بهما مشكل .

﴿ الثاني في الموصي و يعتبر فيه كمال العقل و الحرّيّة ، و في وصيّة من بلغ عشراً في البرّ تردّد ، والمرويّ الجواز ، و لو جرح نفسه بمافيه هلاكها ثمّ أوصى لم تقبل ، ولو أوصى ثمّ جرح قبلت ، و للموصي الرّجوع في الوصيّة متى شاء ﴾ .

(١) الكافي ج ٧ ص ٢١ .

(٢) الكافي ج ٧ ص ٢٠ .

امّا اعتبار كمال العقل بمعنى عدم كون الموصي مجنوناً أو سكران لا يعقل أو سفيهاً فلعدم نفوذ تصرفاته مع هذه الأوصاف .

وأمّا اعتبار الحرّية فوجهه أنّ العبد محجور في تصرفاته وإن قلنا بأنّه يملك.

و أمّا وصيّة من بلغ عشر سنين و إن كان مقتضى القاعدة عدم نفوذها لكونه محجوراً في تصرفاته لكنّه ورد أخبار تدلّ على صحّتها في وجوه المعروف . منها مارواه الصدوق في الصحيح عن ابن أبي عمير ، عن أبان ، عن عبد الرّحمن بن أبي عبدالله قال : « قال أبو عبدالله عليه السلام : إذا بلغ الغلام عشر سنين جازت وصيّته » (١) .

و ما رواه المشايخ الثلاثة بأسانيدهم ، عن زرارة ، عن أبي جعفر عليه السلام قال: «إذا أتى على الغلام عشر سنين فانّه يجوز له في ماله ما أعتق أو تصدّق أو أوصى على حدّ معروف وحقّ فهو جائز » (٢) .

و ما رواه الشيخ في التهذيب في الموثّق ، عن منصور بن حازم ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سألته ، عن وصيّة الغلام هل يجوز ؟ قال : إذا كان ابن عشر سنين جازت وصيّته »(٣) .

و عن أبي بصير و أبي أيّوب في الموثّق ، عن أبي عبد الله عليه السلام « في الغلام ابن عشر سنين يوصى قال : إذا أصاب موضع الوصيّة جازت » (٤).

و ما رواه المشايخ الثلاثة ــ عطر الله مراقدهم ــ في الصحيح ، عن محمّد بن مسلم قال : « سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : إنّ الغلام إذا حضره الموت فأوصى و لم يدرك جازت وصيّته لاُولى الأرحام ولم تجز للغرباء»(٥) .

و عن أبي بصير في الصحيح ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « إذا بلغ الغلام عشر سنين فأوصى بثلث ماله في حقّ جازت وصيّته ، وإن كان ابن سبع سنين فأوصى من ماله باليسير في حقّ جازت وصيّته»(٦) .

---

(١) الفقيه ص ٥٢٦ .

(٢) الوسائل ج ٢ ص ٦٧٣ كتاب الوصايا أبواب أحكام الوصايا ب ٤٤ ح ٤ .

(٣) الى (٦) الوسائل أبواب احكام الوصايا ب ٤٤ .

و المستفاد من هذه الاخبار نفوذ وصيّة البالغ عشر سنين في الحقّ و المعروف بعد تقييد ما هو مطلق بالمقيّد ، بل نفوذ وصيّة ابن سبع سنين في اليسير من ماله في حقّ ، ثمّ إنّ هذا في الوصيّة بالاستقلال بدون المراجعة إلى الوليّ ، و أمّا إن قلنا بنفوذ تصرّفات الغير البالغ بإجازة الوليّ فلامانع من التصرّف بالوصيّة وهذاالكلام في وصيّة السفيه والعبد إن قلنا بملكيّته يجري .

و أمّا لو جرح نفسه بما فيه هلاكها فالمصرّح به في كلمات الفقهاء ـ قدّس الله أسرارهم ـ عدم قبول وصيّته ويدلّ عليه صحيحة أبي ولّاد المرويّة بطرق المشايخ الثلاثة ـ قدّست أسرارهم ـ قال : «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : من قتل نفسه متعمداً فهو في نار جهنم خالداً فيها ، قيل له : أرأيت إن كان أوصى بوصيّة ، ثمّ قتل نفسه متعمّداً من ساعته تنفذ وصيّته ؟ قال : فقال : إن كان أوصى قبل أن يحدث حدث في نفسه من جراحة أو فعل لعلّه يموت اُجيزت وصيّته في الثلث ، و إن كان أوصى بوصيّة بعدما أحدث في نفسه من جراحة أو فعل لعلّه يموت لم تجز وصيّته »(١).

ولامانع في الأخذ بهذه الصحيحة إلّا ماقد يستشكل من لزوم تخصيص الكتاب الكريم ولا إشكال فيه كما في كثير من أبواب المعاملات .

و أمّا جواز رجوع الموصي عن وصيّته متى شاء فالظاهر أنّه لاخلاف فيه ويدلّ عليه الأخبار منها مارواه المشايخ الثلاثة ـ قدّس الله أسرارهم ـ عن عبيد بن زرارة قال: « قد سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : للموصي أن يرجع في وصيّته إن كان في صحّة أو مرض »(٢).

و عن بريد بن معاوية في الموثّق عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « لصاحب الوصيّة أن يرجع فيها ويحدث في وصيّته مادام حيّاً »(٣).

و عن محمّد بن مسلم في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام « المدبّر من الثلث و قال : للرّجل أن يرجع في ثلثه إن كان أوصى في صحّة أو مرض »(٤) إلى غيرها من الأخبار.

(١) الوسائل كتاب الوصايا أبواب أحكام الوصايا ب ٥٢ ح ١ .

(٢)و(٣) « « « ب ١٨ ح ٣ و ٤ .

(٤) الكافي ج ٧ ص ٢٢ .

﴿ الثالث في الموصى له ويشترط وجوده فلاتصحّ لمعدوم ولالمن ظنّ بقاؤه وقت الوصيّة فبان ميتاً ، وتصحّ الوصيّة للوارث كما تصحّ للأجنبيّ ، وللحمل بشترط وقوعه حيّاً ، و للذمّي ولو كان أجنبيّاً وفيه أقوال ﴾ .

أمّا اشتراط وجود الموصى له حال الوصيّة فالظاهر عدم الخلاف فيه وقد ذكر في وجه عدم الصحّة أنّ الموصى به إمّا عين أو منفعة والمعدوم غير قابل لأنّ يتملّك العين أو المنفعة وأورد عليه بالنقض بالوقف حيث أنّه يصحّ الوقف على المعدوم بتبع الموجود و كذا يصحّ بيع الثمرة مع أنّها معدومة حال البيع ، ولافرق بين تملّك المعدوم و تمليك المعدوم ، و لايخفى أنّ الصحّة و عدم الصحّة في الامور الاعتباريّة يدوران مدار اعتبار العقلاء ولا شكّ في صحّة الاعتبار مضافاً إلى أن الملكيّة تتحقّق بعد الموت لا بمجرّد الوصيّة فالعمدة الإجماع إن تمّ .

وقد يستدلّ على عدم الصحّة بعدم شمول الأدلّة ، والظاهر عدم الإشكال في الإطلاق و لذا يؤخذ به في الامور الّتي لاتعرّض في الأخبار لها ، فإنّ الوصيّة للحمل حتّى قبل ولوج الرّوح المعروف صحّتها ، والظاهر عدم نصّ بالخصوص فيها فلابدّ من التمسّك بالإطلاقات . و أمّا صحّة الوصيّة للوارث فالظاهر عدم الخلاف فيها خلافاً للجمهور حيث أنّ أكثرهم على عدم جوازها للوارث ، و رووا في ذلك عنه صلّى الله عليه وآله أنّه قال : «لا وصيّة لوارث »[1] .

و يدلّ على ما ذكره الأصحاب قوله تعالى «كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصيّة للوالدين والأقربين »[2] وقيل هذه الآية منسوخة بآية الفرائض وقد روى العيّاشي في تفسيره عن ابن مسكان عن أبي جعفر عليه السلام «في قوله تعالى «كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصيّة للوالدين والأقربين» قال: هي منسوخة نسختها آية الفرائض الّتي هي المواريث[3] » .

(١) أخرجه أبوداود في السنن ج٢ ص ١٠٣ ، وابن ماجه في السنن ج٢ ص ٩٠٥ .

(٢) البقرة : ١٨٠ .

(٣) المصدر ج ١ ص ٧٧ .

و جملة من الأصحاب حملوا هذه الرّواية على التقيّة ، و احتمل حمل النسخ فيها على نسخ الوجوب وهذا الاحتمال قريب من جهة أنّ الارث بعد الوصيّة والنسخ مع عدم إمكان الجمع .

و يدلّ على مذهب الأصحاب أخبار منها ما رواه في الكافي عن أبي بصير قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الوصيّة للوارث ، فقال : تجوز »[١].

و ما رواه في الكافي و التهذيب في الصحيح عن أبي ولّاد الحنّاط قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الميت يوصي للوارث بشيء ؟ قال : نعم ـ أو قال جائز له »[٢].

و ما رواه في الكافي عن محمّد بن مسلم في الصحيح ، عن أبي جعفر عليهما السلام قال : « الوصيّة للوارث لا بأس بها »[٣] إلى غير ما ذكر .

و أمّا الوصيّة للحمل فالظاهر عدم الخلاف في صحّتها بشرط وقوعه حيّاً وإن لم تحلّه الحياة و استدلّ عليها بعموم ما دلّ على جوازها مع عدم العثور بنصّ دالّ على الصحّة في خصوص الحمل لكن لا تستقرّ إلّا بانفصاله حيّاً كالارث بمعنى أنّه إذا انفصل حيّاً ينكشف صحّة الوصيّة فلو وضعته ميتاً انكشف بطلان الوصيّة و إن كان قد حلّته الحياة في بطن اُمّه و لازم ما ذكر أنّه إذا مات الموصي انتقل الموصى به إلى الحمل و إن لم تحلّه الحياة وكان النماء المتخلّل يتبع العين في ذلك و ظاهرهم عدم اعتبار القبول لتعذّره حيث لم يعلم ولاية الأب والجدّ بالنسبة إليه كما قيل بسقوط اعتبار القبول في الوصيّة للجهات العامّة .

و أمّا جواز الوصيّة للذمّي فهو مختار جماعة واستدلّ عليه بقوله عزّ و جلّ : « لا ينهاكم الله عن الّذين لم يقاتلوكم في الدّين ـ إلى قوله تعالى : ـ أن تبرّوهم » و الوصيّة برّ .

و ما رواه المشايخ الثلاثة ـ قدّس الله تعالى أرواحهم ـ عن محمّد بن مسلم في الصحيح قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أوصى بماله في سبيل الله فقال : أعطه لمن أوصى به وإن كان يهوديّاً أو نصرانيّاً إنّ الله تبارك وتعالى يقول : «فمن بدّله بعدما سمعه

(١) الى (٣) الكافي ج ٧ ص ٩ تحت رقم ١ و ٢ و ٣ .

فإنّما إثمه على الّذين يبدّلونه »(١) .

و ما رواه في الكافي و التهذيب بسند صحيح عن محمّد بن مسلم ،عن أحدهما عليهما السلام مثله بأدنى تفاوت .

و ما رواه المشايخ الثلاثة ، عن يونس بن يعقوب « إنّ رجلاً كان بهمدان ذكر أنّ أباه مات و كان لايعرف هذا الأمر فأوصى بوصيّة عند الموت و أوصى أن يعطي في سبيل الله ، فسئل عنه أبوعبد الله عليه السلام كيف يفعل به فأخبرناه أنّه كان لا يعرف هذا الأمر ، فقال : لو أنّ رجلاً أوصى أنّي أضع في يهوديّ أو نصرانيّ لوضعته فيهما ، إنّ الله عزّ وجلّ يقول: « فمن بدّله بعدما سمعه فإنّما إثمه على الّذين يبدّلونه» فانظروا إلى من يخرج إلى هذا الوجه ـ يعني بعض الثغور ـ ، فابعثوا به إليه»(٢) .

و قيل بعدم الصحّة من جهة استلزام الوصيّة المودّة و هي محرّمة بالنسبة إلى الكافر لقوله تعالى : « لا تجد قوماً يؤمنون بالله واليوم الآخر يوادّون من حادّ الله و رسوله و لوكانوا آباءهم أو أبناءهم » وهي متناولة للأرحام و غيرهم ، واُجيب بمعارضته بقوله تعالى : « لاينهاكم الله ـ الآية » وبما تقدّم من الاخبار و بقوله صلّى الله عليه وآله « في كلّ كبد حرى أجر »(٣) وبالنقض بجوازهبته وإطعامه ومنع كون مطلق الوصيّة موادّة لأنّ الظاهر أنّ المراد منها موادّة المحادّ لله من حيث هو محادّ لله بقرينة ما ذكر من جواز صلته وأورد عليه بأنّ الأخبار المذكورة لا دلالة فيها على أزيد من وجوب تنفيذ الوصيّة كما أوصى به الموصي وهو لايستلزم جواز ذلك بل من الممكن أن يكون مافعله محرّماً يأثم عليه و إن وجب تنفيذه على الوصيّ و ذكر أخبار في قبال الخبر النبويّ « في كلّ كبد حرّى أجر » منها ما روى ثقة الإسلام في الكافي عن أبي يحيى عن بعض أصحابنا ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «من أشبع مؤمناً وجبت له الجنّة ، ومن أشبع كافراً كان حقّاً

(١) الكافى ج ٧ ص ١٤ . والتهذيب ج ٢ ص ٣٩٧ .

(٢) الوسائل ص ٦٧٠ كتاب الوصايا أبواب أحكام الوصايا ب ٣٣ ح ٢ .

(٣) أخرجه أحمد فى مسنده من حديث سراقة بن مالك .

على الله أن يملأ جوفه من الزّقّوم مؤمناً كان أو كافراً »[١].

وروى الصدوق ـ قدّس سرّه ـ في كتاب معاني الأخبار بسنده فيه عن النهيكيّ رفعه إلى أبي عبدالله عليه السلام أنّه قال: « من مثّل مثالاً أو اقتنى كلباً فقد خرج من الإسلام، فقلت: هلك إذاً كثير من الناس، فقال: ليس حيث ذهبتم، إنّما عنيت بقولي من مثّل مثالاً، من نصب ديناً غير دين الله، ودعا النّاس إليه، وبقولي « من اقتنى كلباً » عنيت مبغضاً لنا أهل البيت اقتناه فأطعمه و سقاه، من فعل ذلك فقد خرج عن الإسلام »[٢].

وعن معلّى بن خنيس عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث قال: « من أشبع عدوّاً لنا فقد قتل وليّاً لنا »[٣]، ففي وصيّته صلّى الله عليه وآله المنقولة في كتاب مجالس الشيخ: « يا أباذرّ لا يأكل طعامك إلاّ تقيٌّ ـ إلى أن قال ـ أطعم طعامك من يحبّ في الله و كل طعام من يحبّك في الله »[٤].

و روى في التهذيب عن عمر بن يزيد قال: « سألته عن الصدقة على النصّاب و على الزّيديّة، فقال: لا تصدّق عليهم بشيء، ولا تسقهم من الماء إن استطعت و قال: الزّيديّة هم النصّاب[٥] » إلى غير ذلك من الأخبار.

و يمكن أن يقال: لا يخفى إباء هذه الأخبار عن التقييد والتخصيص فكيف يجوز للوصيّ العمل بالوصيّة مع أنّه المباشر للعمل، و ما في هذه الأخبار مناف لما هو المعروف من معاملة المعصومين مع أعدائهم، بل مع معاملة النبيّ صلّى الله عليه وآله مع الكفّار، و مناف مع الآية الشريفة « لا ينهاكم الله عن الّذين ـ الاية » فلابدّ من ردّ العلم بها إلى أهله، و نمنع كون الوصيّة والعمل بها للوصي موادّة من غير حاجة إلى صرف النهي عن الموادّة إلى الموادّة لمن حادّ الله ورسوله من جهة محادّته.

﴿ ولا تصحّ للحربيّ ولا لمملوك غير الموصي ولو كان مدبّراً أو اُمّ ولد، نعم لو أوصى

(١) الكافي ج ٢ ص ٢٠٠

(٢) المصدر ص ١٨١ .

(٣) و (٤) الوسائل كتاب الاطعمة أبواب آداب المائدة ب ١٩ ح ٣ و ٤ .

(٥) المصدر باب مستحق الزكاة تحت رقم ١٢ .

لمكاتب قد تحرّر بعضه مضت الوصيّة في قدر نصيبه من الحرّيّة . وتصحّ لعبد الموصى ومدبّره ومكاتبه وامّ ولده ، و يعتبر ما يوصى به لمملوكه بعد خروجه من الثلث ، فان كان بقدر قيمته أعتق ، وكان الموصى به للورثة ، وإن زاد أعطى العبد الزّائد و إن نقص عن قيمته سعى في الباقي ، و قيل : إن كانت قيمته ضعف الوصيّة بطلت ، وفي المستند ضعف ﴿ .

أمّا عدم صحّة الوصيّة للحربيّ فهو مبنيّ على كون الوصيّة موادّة للحربيّ المحادّ لله تعالى ورسوله ﷺ ، و قد عرفت المنع و دلالة الأخبار المذكورة على لزوم إنفاذ الوصيّة حتّى بالنسبة إلى اليهوديّ والنصرانيّ مع كون النصارى غالباً حربيّين في عصر صدور الأخبار المذكورة ، و عدم عمل الأصحاب بالأخبار الدالّة على حرمة إشباع الأعداء و إطعامهم و سقيهم .

و قد يتمسّك بعدم قابليّة الحربيّ للتملّك و لا يخفى منعه ، و ما ورد من أنّهم و مالهم فيء للمسلمين يؤيّد تملّكهم وإلّا لزم عدم جواز تملّك ما أخذوا من المسلمين بالبيع والاشتراء .

و أمّا عدم صحّة الوصيّة لمملوك غير الموصى و لو كان مدبّراً أو امّ ولد فهو المشهور لا من جهة عدم القابليّة للتملّك لما سبق في كتاب البيع من القابليّة والتملّك غاية الأمر أنّه يكون محجوراً عليه ، ولا لرواية عبدالرّحمن بن الحجّاج عن أحدهما عليهما السلام قال : « لا وصيّة لمملوك[1] » لأنّ هذا الخبر كما يحتمل نفي الوصيّة من الغير له يحتمل نفي أن يوصي المملوك للغير. بل من جهة ما رواه المشايخ الثلاثة ـ قدّس الله تعالى أرواحهم ـ في الصحيح عن محمّد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام في مكاتب قال : « قضى أمير المؤمنين صلوات الله عليه في مكاتب كانت تحته امرأة حرّة فأوصت له عند موتها بوصيّة فقال أهل الميراث : لا نجيز وصيّتها له إنّه مكاتب لم يعتق و لا يرث ، فقضى أنّه يرث بحساب ما اُعتق منه ويجوز له من الوصيّة بحساب ما اعتق منه ، وقضى في مكاتب أوصى له بوصيّة و قد قضى نصف ما عليه فأجاز له نصف الوصيّة ، و قضى في مكاتب قضى ربع ما عليه فأوصى له بوصيّة فأجاز ربع الوصيّة ، و قال في رجل حرّ أوصى لمكاتبته و قد قضت

---

(١) التهذيب ج ٢ ص ٣٩٣ .

سدس ما كان عليها فأجاز بحساب ما اعتق منها »[1] .

وأمّا صحيحة محمّد بن قيس عن أبي جعفر عليه‌السلام قال: «قضى أمير المؤمنين صلوات الله عليه في مكاتب قضى بعض ما كوتب عليه أن يجاز من وصيّته بحساب ما اُعتق منه ، وقضى في مكاتب قضى نصف ما عليه فأوصى بوصيّة فأجاز نصف الوصيّة ، و قضى في مكاتب قضى ثلث ما عليه و أوصى بوصيّة فأجاز ثلث الوصيّة »[2] و غيرها فهي راجعة إلى وصيّة المملوك ، و لا دلالة لها لما نحن فيه ، وجه الاستدلال بالصحيحة المذكورة تقرير المعصوم أهل الميراث عدم جواز الوصيّة له من جهة أنّه لم يعتق و إختصاص الإرث و جواز الوصيّة له بحساب ما أعتق منه .

و نوقش في السند من جهة اشتراك محمّد بن قيس بين الثقة و غيره و دفع المناقشة بمنع الاشتراك في الرّاوي للقضايا مع أنّ الرّاوي عنه هنا عاصم بن حميد و هو قرينة على كونه البجليّ الثقة ولا يخفى الاشكال في الاعتماد على القرائن الموجبة للظنّ فالعمدة تلقّي الرّواية بالقبول مع نقلها في الكتب المذكورة ، و بهذه الرّواية تستدلّ على مضيّ الوصيّة بالنسبة إلى المكاتب المحرّر بعضه بقدر ما تحرّر .

و أمّا صحّة الوصيّة لعبد الموصي و مدبّره و مكاتبه و اُمّ ولده فادّعي الإجماع عليها واستدلّ عليها بالصحيحين في أحدهما « رجلٌ أوصى بثلث ماله لمواليه و لمولياته الذّكر والاُنثى فيه سواء أو للذكر مثل حظّ الانثيين من الوصيّة ، فوقّع جائز للميّت ما أوصى به على ما أوصى به إن شاء الله »[3].

و في الثاني « رجل أوصى لمواليه و موالي أبيه بثلث ماله فلم يبلغ ذلك ؟ قال : المال لمواليه و سقط موالي أبيه »[4] .

و نوقش في الاستدلال بهما باشتراك لفظ المولى بين العبد و غيره و لعلّه المراد

---

(١) الكافي ج ٧ ص ٢٨ والفقيه ص٥٣٢ والتهذيب ج٢ ص٣٩٥ .

(٢) التهذيب ج٢ ص ٣٩٥ .

(٣) الفقيه ص٥٣٠ .

(۴) التهذيب ج٢ كتاب الوصايا أبواب الزيادات تحت رقم ٢١ .

دون الأوّل بل لعلّ القرينة على إرادة الغير للظهور في إعطاء الثلث للموصى له بأن يسلّم إليه دون أن يعتق منه بحسابه ، و قد يستظهر إرادة العبد من المولى بقرينة إسقاط الوصيّة في الثاني لموالي أبيه ، و يمكن أن يقال : لعلّ إسقاط الوصيّة لموالي أبيه في الصحيح الثاني من جهة عدم بلوغ الثلث و صرف الثلث في ما قدّم في الوصيّة .

وأمّا المناقشة باشتراك لفظ المولى فيمكن أن تدفع بأنّ الامام عليه السلام لم يسئل ما المراد من المولى فيشمل الجواب ما لو أراد العبد أو غيره بل لا مانع من التمسّك بعموم أو إطلاق أدلّة الوصيّة والخارج بالدّليل مملوك غير الموصي فتدبّر، وأمّا ما ذكر من « أنّ القرينة على إرادة الغير ـ إلخ » فيمكن منعه بمنع عدم تملّك العبد أوّلاً ومنع ظهور اللاّم في التسليم إلى العبد .

و أمّا اعتبار كون ما يوصى به بعد خروجه من الثلث فلما هو المسلّم من خروج الوصيّة من الثلث و عدم نفوذ الوصيّة في الزّائد عليه إلّا مع إمضاء الورثة .

و أمّا ما ذكر من إعتاق المملوك إن كان الموصى به بقدر الثلث و كون الموصى به للورثة ـ الخ ، فاستدلّ له بخبر الحسن بن الصالح عن أبي عبدالله عليه السلام « في رجل أوصى لمملوك له بثلث ماله قال : فقال يقوّم المملوك بقيمة عادلة ، ثمّ ينظر ما بلغ ثلث الميّت فإن كان الثلث أقلّ من قيمة العبد بقدر ربع القيمة استسعى العبد في ربع قيمته ، وإن كان الثلث أكثر من قيمة العبد اعتق و دفع إليه ما يفضل من الثلث بعد القيمة »(١) .

و ما في الفقه الرّضوي « وإن أوصى لمملوكه بثلث ماله قوّم المملوك قيمة عادلة فإن كانت قيمته أكثر من الثلث » والمتيقّن من الخبر المذكور الوصيّة بالثلث المشاع و أمّا الوصيّة بالمعيّن فقد يقال ببطلانها إن قلنا بعدم تملّك العبد ، وإن قلنا بتملّكه فاعتاقه والاستسعاء خلاف الوصيّة . و نسب هذا التفصيل إلى جماعة ، و لا يبعد الأخذ بإطلاق الخبر ، ألا ترى أنّ الأخبار المتعرّضة لمقدار ما ينفذ فيه الوصيّة تكون بنحو التعبير المذكور في هذا الخبر و لا اختصاص لها بالجزء المشاع ، و كذا ما دلّ على أنّ الوصيّة بما دون الثلث أفضل حتّى أنّها بالرّبع أفضل من الثلث ، وبالخمس أفضل من

(١) التهذيب ج ٢ ص ٣٨٨ ، والاستبصار ج ٣ ص ١٢٠ .

الرُّبع ، و يبعد الجمود ، والقول بأنّ الاستسعاء مخصوص بخصوص ما في الخبر من كون الثلث أقلّ من قيمة العبد بقدر ربع القيمة لأنّ الظاهر أنّ الإمام عليه السلام بصدد بيان جميع الصور ولذا تعرّض صورة كون الثلث أكثر من قيمة العبد ، فالظاهر أنّ ذكر الرُّبع من باب المثال ففي صورة تساوي الثلث مع قيمة العبد يكون الموصى به للورثة لمقابلته مع العبد المملوك لهم بمقتضى الارث و إن زاد تكون الزيادة للعبد حسب الوصيّة و مع النقصان يستسعى العبد و يكون ما بقي من قيمته للورثة ، و على ما ذكر لا فرق بين كون القيمة ضعف الوصيّة أو أقلّ أو أكثر .

والقائلون ببطلان الوصيّة مع كون القيمة ضعف الوصيّة يجعلون ما في الخبر مثالاً لما لم يبلغ النصف من الأقلّ ولعلّه لأصالة بطلان الوصيّة للعبد ولاشعار بعض الأخبار الوارد فيمن أعتق عبده و كان عليه دين المشتمل على التعليل بتهمة الموصي على الورثة و عدمها مع بلوغ الثلث النصف و عدمه .

أمّا الأصل المذكور فالاطلاقات على خلافه بعد الفراغ عن قابليّة المملوك للتملّك و أمّا الاشعار المذكور فسيجيء الكلام فيه إن شاء الله تعالى .

﴿ ولو أعتقه عند موته و ليس غيره و عليه دين ، فإن كان قيمته بقدر الدّين مرّتين صحّ العتق و إلّا بطل ، و فيه وجه آخر ضعيف و لو أوصى لاُمّ ولده صحّ ، وهل تعتق من الوصيّة أو من نصيب الولد ؟ قولان : فإن اعتقت من نصيب الولد كان لها الوصيّة ، و في رواية اُخرى تعتق من الثلث ولها الوصيّة ﴾ .

اللّازم ذكر ما ورد من الاخبار فمن ذلك ما رواه في الكافي والتهذيب عن عبدالرّحمن ابن الحجّاج في الصحيح قال : « سألني أبوعبدالله عليه السلام هل يختلف ابن أبي ليلى و ابن شبرمة ؟ فقلت : بلغني أنّه مات مولى لعيسى بن موسى وترك عليه ديناً كثيراً وترك مماليك يحيط دينه بأثمانهم فأعتقهم عند الموت فسألهما عيسى بن موسى عن ذلك ، فقال ابن شبرمة : أرى أن يستسعيهم في قيمتهم فيدفعها إلى الغرماء فانّه قد أعتقهم عند موته فقال ابن أبي ليلى : أرى أن أبيعهم وأدفع أثمانهم إلى الغرماء فانّه ليس له أن يعتقهم عند موته و عليه دين يحيط بهم ، و هذا أهل الحجاز اليوم يعتق الرّجل عبده و عليه دين

كثير فلا يجيزون عتقه إذا كان عليه دين كثير ، فرفع ابن شبرمة يده إلى السماء فقال سبحان الله يا ابن أبي ليلى متى قلت بهذا القول ؟ والله ما قلته إلّا طلب خلافي. فقال أبو عبدالله عليه السلام : فعن رأي أيّهما خرج الرجل قال : قلت : بلغني أنّه أخذ برأي ابن أبي ليلى و كان له هوى في ذلك [1] فباعهم و قضى دينه قال : فمع أيّهما من قبلكم ؟ قلت له : مع ابن شبرمة وقد رجع ابن أبي ليلى إلى رأي ابن شبرمة بعد ذلك فقال : أما والله إنّ الحقّ لفي الّذي قال ابن أبي ليلى و إن كان قد رجع فيه ، قلت : هذا ينكسر عندهم في القياس ، فقال : هات قايسني ، فقلت أنا اُقايسك ؟ فقال : لتقولنّ بأشدّ ما يدخل فيه من القياس .

فقلت له : رجل ترك عبداً لم يترك مالاً غيره و قيمة العبد ستّمائة درهم و دينه خمسمائة درهم ، فأعتقه عند الموت كيف يصنع ؟ قال : يباع العبد و يأخذ الغرماء خمسمائة درهم و يأخذ الورثة مائة درهم فقلت : أليس قد بقي من قيمة العبد مائة درهم عن دينه ؟ فقال : بلى ، قلت : أليس للرّجل ثلثه يصنع به ما شاء ؟ قال : بلى، قلت : أليس قد أوصى للعبد بالثلث من المائة حين أعتقه ؟ فقال : إنّ العبد لا وصيّة له ، إنّما ماله لمواليه ، فقلت له : فإذا كانت قيمة العبد ستّمائة درهم و دينه أربعمائة درهم ؟ قال : كذلك يباع العبد فيأخذ الغرماء أربعمائة درهم ، ويأخذ الورثة مائتين، فلا يكون للعبد شيء ، قلت له : فانّ قيمة العبد ستّمائة درهم ودينه ثلاثمائة درهم فضحك ، وقال : من ههنا اُتي أصحابك فجعلوا الأشياء شيئاً واحداً و لم يعلموا السنّة إذا استوى مال الغرماء و مال الورثة ، أو كان مال الورثة أكثر من مال الغرماء لم يتّهم الرّجل على وصيّته واُجيزت وصيّته على وجهها فالآن يوقف هذا فيكون نصفه للغرماء ، ويكون ثلثه للورثة ، و يكون له السدس [2].

و ما رواه في الكافي عن زرارة في الحسن أو الصحيح ، عن أحدهما عليهما السلام في رجل أعتق مملوكه عند موته و عليه دين قال : إن كان قيمته مثل الدّين الّذي عليه و مثله

---

(١) اى كان لعيسى ميل فى العمل بفتوى ابن أبي ليلى .

(٢) الكافى ج ٧ ص ٢٦ .

جاز عتقه و إلّا لم يجز [۱].» و رواه الشيخ في التهذيب في الصحيح أو الحسن عن زرارة الحديث متطوّعاً [۲].

وما رواه في الاستبصار عن حفص بن البختري في الصحيح عن أبي عبدالله عليه السلام قال: « إذا ملك المملوك سدسه استسعى وأُجيز [۳] » وما رواه في الاستبصار أيضاً عن زرارة في الصحيح عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «إذا ترك الّذي عليه مثله أعتق المملوك واستسعى [٤]» و ما رواه في الكافي عن الحسن الجهم في الموثّق قال: « سمعت أبا الحسن عليه السلام يقول في رجل أعتق مملوكاً له و قد حضره الموت وأشهد له بذلك وقيمته ستّمائة درهم، و عليه دين ثلاثمائة درهم، ولم يترك شيئاً غيره؟ قال: يعتق منه سدسه لأنّه إنّما له منه ثلاثمائة درهم و يقضى منه ثلاثمائة درهم فله من الثلاثمائة درهم ثلثها وهو السدس من الجميع [۵] ».

و ما رواه في الفقيه والتهذيب عن الحلبيّ في الصحيح عن أبي عبدالله عليه السلام أنّه قال في رجل يقول إن متُّ فعبدي حرٌّ و على الرّجل دين قال: ثمّ إنّه توفّي و عليه دينٌ قد أحاط بثمن العبد بيع العبد و إن لم يكن أحاط بثمن العبد استسعى العبد في قضاء دين مولاه وهو حرٌّ إذا وفاه [۶]»، ثمّ إنّه لا شبهة في إشتراط عتق العبد بكون قيمته مثلي الدّين أو أكثر بحسب الأخبار المذكورة مع تقييد بعضها المطلق، ويظهر من التعليل المذكور في صحيح عبدالرّحمن المذكور إنّ منشأ الحكم المذكور انّه مع استواء مال الغرماء ومال الورثة أوأكثريّة مال الورثة لم يتّهم الموصي في وصيّته والتصرّف المنجّز كالمعلّق، فمن هذه الجهة قال جماعة باشتراط هذا في الوصيّة للعبد، ويظهر أيضاً من التعليل المذكور في رواية الحسن بن الجهم أنّه ليس له إلاّ الثلث كما أنّه يستفاد عدم

(۱) الكافي ج ۷ ص ۲۷.
(۲) المصدر ج ۲ ص ۳۱۳.
(۳) المصدر ج ۴ ص ۸.
(۴) المصدر ج ۴ ص ۸.
(۵) المصدر ج۷ ص۲۷.
(۶) التهذيب ۲ ص۳۱۳ والفقيه ص۳۴۴ باب العتق و أحكامه.

سلطنة المالك بالنسبة إلى ما يقابل دينه ، و هذا خلاف ما هو المعروف من عدم سلب السلطنة بدون حجر الحاكم فيقع التعارض بين هذا الصحيح والموثّق المذكور والاخبار الدالّة على خروج التصرّفات المنجّزة من الاصل دون الثلث ، فمن أخذ بالأخبار الدالّة على الخروج من الأصل ترجيحاً أو تخييراً ليس له العمل بهذا الصحيح والموثّق المذكور بل لعلّه يشكل العمل بسائر أخبار الباب حيث إنّه يستفاد من الصحيح المذكور والموثّق أنّ علّة الحكم ماذكر ، إلّا أن يقال غاية الأمر ترك العمل بالصحيح المذكور ، والموثّق فلا موجب لعدم العمل بسائر الأخبار إلّا أن يقال عدم العمل من جهة لا يوجب ترك العمل من جهة اُخرى أعني كون تشابه الحكم المذكور في المطلق ما ذكر فيشكل العمل بما لم يذكر فيه علّة الحكم .

و أمّا الوصيّة لاُمّ ولده فالظاهر عدم الخلاف في صحّتها و يدلّ عليها ما رواه المشايخ الثلاثة ـ رحمهم الله تعالى ـ في الصحيح عن أبي عبيدة قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل كانت له امّ ولد وله منها غلام ، فلمّا حضرته الوفاة أوصى لها بألفي درهم أو بأكثر ، للورثة أن يسترقّوها ؟ قال: فقال : لا بل تعتق من ثلث الميّت وتعطى ما أوصى لها به[1] » و زاد في الكافي و التهذيب ، و في كتاب العباس « تعتق من نصيب ابنها و تعطى من ثلثه ما أوصى لها به » .

و روى الشهيد في شرح الارشاد عن الشيخ في التهذيب عن أحمد بن محمّد ، عن عليّ ابن محبوب عن جميل بن صالح عن أبي عبيدة عن أبي الحسن عليه السلام « في رجل أوصى لاُمّ ولده بألفي درهم ، فقال : تعتق من ثلث الميّت و يعطى ما أوصى لها » و في كتاب العباس ـ الخ .

و نحوهما ما رواه المشايخ الثلاثة في الصحيح عن أحمد بن محمّد بن أبي نصر قال « نسخت من كتاب بخطّ أبي الحسن عليه السلام فلان مولاك توفّي ابن أخ له و ترك اُمّ ولد له ليس لها ولد ، فأوصى لها بألف هل تجوز الوصيّة ؟ وهل يقع عليها عتق ؟ وما حالها

(١) الوسائل ج ٢ ص ٦٧٩ أبواب أحكام الوصايا ب ٨٢ ح ٣ .

رأيك فدتك نفسي في ذلك ؟ فكتب عليه السلام تعتق من الثلث ولها الوصيّة »[١] .

و إنّما الكلام في أنّها هل تعتق من الوصيّة إذا وفت بقيمتها أو من نصيب ولدها أو على التخيير أو من ثلث الميّت غير ما أوصى به ؟ قد يقوّي العتق من نصيب الولد لعموم ما دلّ من النصّ وغيره مضافاً إلى قاعدة انعتاق الأبوين بحصول سبب ملك الولد لهما .

و يمكن أن يقال : لا مانع من الأخذ بالعموم والقاعدة المذكورين والأخبار المذكورة كما في نظائره فمع سبق أحد الموجبين يكون المسبّب مستنداً إليه ، وفي المقام الوصيّة مقدّمة لما في الآية الشريفة « من بعد وصيّة يوصى بها أو دين » و ما نقل من كتاب العباس بمجرّد وجوده في الكتاب المذكور لا مجال للاستدلال به كما قال في المسالك وبعد وجود النصّ لا مجال للاشكال بأن العتق من الثلث هنا لا يظهر له وجه نعم يتوجّه الاشكال إن كان المراد من الثلث غير الوصيّة حتّى يصير زائداً على الثلث مع أنّه من المسلّم عدم نفوذ الوصيّة مع الزيادة على الثلث إلّا بامضاء الورثة ، و لعلّ ما ذكر في كلماتهم من إعراض الأصحاب عن العمل بأخبار الباب مبنيّ على هذا و لكن مخالفة الأصحاب مع إعراضهم مشكلة و لا مجال لحمل النصّ على ما أوصى بعتقها أو على ما لو كان نصيب ولدها بقدر الثلث و إن أبيت ومنعت سبق علّة موجبة للعتق، قلنا نأخذ بالنصّ و قلنا بتخصيص العموم الدالّ على انعتاق الاُمّ من نصيب الولد .

و على ما ذكر لا إشكال في إعطائها الوصيّة و أمّا على القول بانعتاقها من نصيب الولد فلا يستفاد ممّا ذكر إعطاؤها الوصيّة ، بل في صحيح عبد الرّحمن بن الحجّاج المذكور نفي الوصيّة للعبد إلّا أن يقوم الإجماع .

﴿ وإطلاق الوصيّة تقتضي التسوية ما لم ينصّ على التفضيل ، وفي الوصيّة لأخواله و أعمامه رواية بالتفضيل كالميراث و الأشبه التسوية ، و إذا أوصى لقرابته فهم المعروفون بنسبه ، وقيل لمن يتقرّب إليه بآخر أب في الإسلام ، ولو أوصى لأهل بيته دخل الأولاد و الآباء ، و القول في العشيرة و الجيران و السبيل والبرّ و الفقراء كما مرّ في الوقف ﴾.

---

(١) الوسائل أبواب أحكام الوصايا ب ٨٢ ح ١ .

إن كان الموصي في مقام البيان و أوصى لجماعة محصورين فلا إشكال في التسوية و إن لم يكن في مقام البيان بل الاهمال من هذه الجهة فالتسوية مشكلة ، بل تكون الوصيّة مبهمة فما يقال من التسوية حتّى مع عدم قصد الموصي مشكلٌ لعدم العثور على ما يدلُّ على التسوية تعبّداً ، هذا مع عدم ذكر ما يدلُّ على التفضيل و معه لا إشكال في العمل بنحو الوصيّة ، ويكفي في التفضيل ظهور الكلام ولو لم يكن بالصراحة لحجّية الظهور كما أنّه مع عدم الحصر في الموصى له لابدّ من الصرف كما في صرف الزّكاة في الفقير .

و أمّا الوصيّة للأخوال و الأعمام فإنّ الشيخ - رحمه الله - و جماعة ذهبوا إلى أنّ للأعمام الثلثين و للأخوال الثلث إستناداً إلى ما رواه المشايخ الثلاثة بأسانيدهم و فيها الصحيح و الحسن و الموثّق عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام « في رجل أوصى بثلث ماله في أعمامه و أخواله فقال: لأعمامه الثلثان و لأخواله الثلث » [1] و قد يؤيّد الخبر المذكور ما روي عن سهل عن أبي محمّد عليه السلام في حديث قال : و كتبت إليه « رجلٌ له ولدٌ ذكور و إناث و أقرّ لهم بضيعة أنّها لولده ولم يذكر أنّها بينهم على سهام الله عزّ و جلّ و فرائضه ، الذّكر والأنثى فيه سواء ؟ فوقّع عليه السلام ينفذون فيها وصيّة أبيهم على ماسمّى فان لم يكن سمّى شيئاً ردّوها إلى كتاب الله عزّ وجلّ إن شاء الله تعالى» [2].

ويمكن أن يقال : يستبعد جدّاً كون الموصي في مقام البيان ولم يذكر التفرقة و التفضيل و مع ذلك فُضّل بعضٌ على بعضٍ تعبّداً ، بل لولا النصُّ يعدُّ هذا من تبديل الوصيّة فلابدّ من حمل الرّواية على صورة الإهمال فيكون هذا نظير الحكم بصرف الوصيّة في وجوه البرّ عند نسيان الوصيّ مصرف الوصيّة ولعلّ رواية سهل الّتي رواها المشايخ الثلاثة المذكورة ناظرة إلى ماذكر.

وأمّا الوصيّة للقرابة فهي للمعروفين بنسبه : قال أحمد بن محمّد بن أبي نصر : « نسخت من كتاب بخطّ أبي الحسن عليه السلام رجلٌ أوصى لقرابته بألف درهم وله قرابة من قبل أبيه و أمّه يعطي من كان بينه وبينه قرابة أولها حدٌّ ينتهي إليه فرأيك - فدتك نفسي -

(١)و(٢) الكافي ج ٧ ص ۴۵ والفقيه ص ۵۳۰ والتهذيب ج ٢ ص ٣٩٣ .

فكتب عليه السلام : إن لم يسمّ اعطاها قرابته »[1] وكذا عن الحميريّ إلّا أنّه قال: «أعطى أهل بيت قرابته من غير فرق بين الوارث وغيره و المسلم و الكافر و الذّكر و الأُنثى » وحكي عن الشيخ ـ قدّس سرّه ـ إنّ الموصى به لمن يتقرّب إليه إلى آخر أب وأمّ له في الإسلام ولا يرتقى إلى آباء الشرك و إن عرفوا بقرابته عرفاً ، واستدلّ عليه بقوله عليه السلام « قطع الإسلام أرحام الجاهليّة » و قوله تعالى لنوح عن ابنه « إنّه ليس من أهلك » و الجواب أنّه تنزيل لادليل على شموله لمثل المقام و الشاهد عليه قوله تعالى: « لا تجد قوماً يؤمنون بالله يوادّون من حادّ الله ـ الاية » حيث نهى عن الموادّة مع حفظ الأبوّة و البنوّة و لازم ماذكر عدم القرابة لمن يكون مسلماً وقرابته بوساطة كافر وهو كما ترى .

و أمّا الوصيّة لأهل بيته فيدخل فيهم الآباء والأولاد و إن نزلوا والأجداد وإن علوا و حكي عن تغلب أنّه أهل البيت عند العرب آباء الرّجال و أولادهم كالأجداد و الأعمام و أولادهم و يستوي الذّكور و الإناث ولعلّه عليه جرى قوله صلّى الله عليه وآله « أنّا أهل البيت لاتحلّ لنا الصدقة » . و القول في العشيرة ـ الخ كما مرّ في الوقف .

﴿ و إذا مات الموصى له قبل الموصي انتقل ما كان إلى ورثته مالم يرجع الموصي على الأشهر ولو لم يخلف وارثاً رجعت إلى ورثة الموصي ، وإذا قال : أعطو فلاناً دفع إليه يصنع به ماشاء ، و يستحبّ الوصيّة لذوي القرابة وارثاً كان أوغيره ﴾ .

المشهور بينهم أنّه إذا مات الموصى له قبل الموصي يقوم الوارث مقام الموصى له فمع اعتبار القبول في الوصيّة التمليكيّة يقبل ويملك بعدموت الموصي ومع عدم الاعتبار يملك بعدموته و استدلّ عليه بمارواه المشايخ الثلاثة ـ قدّس الله أسرارهم ـ في الصحيح عن محمّد بن قيس ، عن أبي جعفر عليهما السلام قال : « قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل أوصى لآخر والموصى له غائب فتوفّي الّذي أوصى له قبل الموصي؟ قال : الوصيّة لوارث الّذي أوصى له قال : و من أوصى لأحد شاهداً كان أو غائباً فتوفّي الموصى له قبل الموصي ،

---

(١) التهذيب ج ٢ ص ٣٩٣ .

فالوصيّة لوارث الّذي أوصى له إلّا أن يرجع في وصيّته قبل موته »[١] .

و لامجال للخدشة في السند من جهة اشتراك محمّد بن قيس بين الثقة و غيره لأخذ الأصحاب بالخبر مضافاً إلى الظنّ بكونه الثقة بقرينة رواية عاصم بن حميد عنه[٢].

و في قباله صحيحة أبي بصير و محمّد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قالا : « سئل عن رجل أوصى لرجل فمات الموصى له قبل الموصي قال : ليس بشيء »[٣] .

و في الموثق ، عن منصور بن حازم ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «سألته عن رجل أوصى لرجل بوصيّة إن حدث به حدث فمات الموصى له قبل موت الموصي قال : ليس بشيء »[٤] .

و نوقش في دلالتهما على بطلان الوصيّة بإجمالهما لاحتمال أن يكون المراد انّ موت الموصى له قبل موت الموصي ليس بشيء يوجب البطلان لا أنّ الوصيّة ليست بشيء يعتدّ بها فتكون باطلة معه .

ويمكن أن يقال: الاحتمال الأوّل الظاهر أنّه مرجوح و الحكيم إذا كان في مقام البيان لايلقي الكلام على السائل و هو يريد المرجوح ، ولايبعد حملهما على التقيّة لما حكي أنّ القول بالبطلان مذهب أكثر العامّة ، وأمّا لو لم يكن وارث سوى الامام عليه السلام مع غيبته فإن قلنا بلزوم القبول في الوصيّة فالظاهر أن يرجع الموصى به إلى ورثة الموصي لعدم الطريق إلى قبوله عليه السلام في زمان الغيبة وإن قلنا بعدم اعتبار القبول بل الرّدّ مبطل لها فلاوجه للبطلان و الرّجوع إلى ورثة الموصي ، و قد يحتمل وجوب التصدّق بها لصحيحة العبّاس بن العامر قال : «سألته عن رجل أوصى له بوصيّة فمات قبل أن يقبضها ولم يترك عقباً ؟ قال : اطلب له وارثاً أو مولى فادفعها إليه ، قلت : فإن لم أعلم لموليّاً؟ قال : اجهد على أن تقدر له على وليّ فإن لم تجده وعلم الله منك الجدّ فتصدّق بها[٥]».

---

(١) الكافي ج ٧ ص ١٣ والفقيه ص ٥٣٠ .

(٢) الفقيه ص ٥٣٠ .

(٣)و(٤) التهذيب ج ٢ ص ٣٩٧ و الاستبصار ج٤ ص ١٣٨ .

(٥) الكافي ج ٧ ص ١٣ .

ويشكل من جهة أن مورد السؤال قابل لأن يكون بعد قبول الموصى لمولا شبهة في حصول الملكيّة له في هذه الصورة ، والامام وارث من لا وارث له فلعل الأمر بالتصدّق في الصحيحة من جهة بعد عدم وارث له غير الامام عليه السلام و على تقدير عدم وارث غيره أذن في الصدقة من ماله فالوارث الذي من شأنه القبول و الرّد هو الامام عليه السلام .

و أمّا إذا قال : اعطوا فلاناً فحيث لا صراحة فيه في التمليك و أمكن أن يكون نظر الموصي في الموصى به إلى التمليك وأن يكون نظره إلى كون الفلان المعطى مختاراً في أمر الموصى به يتملّك أو يتصدّق به أو يهب لغيره تعرّض المصنف ـ قدّس سرّه ـ لحكمه و إلّا فلو كان صريحاً في تملّك الموصى به لم يكن وجه لتعرّضه وكان نظير أن يقال للمشتري : لك أن تتصرّف في الثمن تصنع ما شئت ، و يكون من قبيل توضيح الواضح .

وأمّا استحباب الوصيّة لذوي القرابة فلما رواه الكليني باسناده عن ابن أبي عمير عن إبراهيم بن عبد الحميد ، عن سالمة مولاة أبي عبد الله عليه السلام قال : « كنت عند أبي عبدالله عليه السلام حين حضرته الوفاة فأُغمي عليه ، فلمّا أفاق قال : اعطوا الحسن بن عليّ ابن الحسين ـ وهو الأفطس ـ سبعين ديناراً و أعطوا فلاناً كذا و كذا وفلاناً كذاوكذا، فقلت : أتعطي رجلاً حمل عليك بالشفرة ، فقال : ويحك أما تقرئين القرآن ؟ قلت : بلى، قال : أما سمعت قول الله عزّ و جلّ « الذين يصلون ما أمر الله به أن يوصل و يخشون ربّهم و يخافون سوء الحساب »[1] .

و روى الشيخ و الصدوق باسنادهما عن محمّد بن أبي عمير مثله .

و ما رواه الشيخ باسناده ، عن السكوني ، عن جعفر بن محمّد ، عن أبيه عليهما السلام «من لم يوص عند موته لذوي قرابته ممّن لا يرثه فقد ختم عمله بمعصية»[2].

﴿ الرّابع في الأوصياء ويعتبر التكليف والاسلام وفي اعتبار العدالة تردّد أشبهه أنّها لا تعتبر أمّا لو أوصى إلى عدل ففسق بطلت وصيّته ، ولا يوصى إلى المملوك إلّا باذن

---

(١) المصدر ج ٧ ص ٥٥ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٣٨٢ .

مولاه ، و تصحّ إلى الصبيّ منضماً إلى كامل لا منفرداً ، و يتصرّف الكامل حتّى يبلغ الصبيّ ، ثمّ يشتركان وليس له نقض ما أنفذه الكامل بعد بلوغه ﴾ .

الظاهر أنّ المراد الاحتراز عن وصاية الصبيّ والمجنون لعدم التكليف، فمع قطع النظر عن التسلّم عندهم يشكل اشتراطه لأنّ ما دلّ على عدم نفوذ تصرّفات الصبيّ يكون ناظراً إلى عدم استقلاله ، و أمّا مع إذن الوليّ فلا ، فحاله حال المملوك حيث جوّزوا وصايته مع إذن سيّده ،هذا مضافاً إلى أنّ اللازم نفوذ التصرّف بعد موت الموصي لا نفوذه وقت الوصيّة ، فلو أوصى إلى صبيّ يبلغ بعد موت الموصي فلا مجال للاستدلال فيه بعدم نفوذ تصرّفاته و كذا المجنون بعد إفاقته ، ويمكن الاستدلال للمنع بما ورد من جواز انضمامه مع البالغ العاقل قال عليّ بن يقطين : « سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل أوصى إلى امرأة وأشرك في الوصيّة معها صبيّاً ، فقال : يجوز ذلك وتمضى المرأة الوصيّة و لا تنتظر بلوغ الصبيّ ، فاذا بلغ الصبيّ فليس له ألّا يرضى إلّا ما كان من تبديل أو تغيير ، فانّ له أن يردّه إلى ما أوصى به الميّت» (١).

و قال الصفّار :كتبت إلى أبي محمّد عليه السلام « رجل أوصى إلى ولده و فيهم كبار قد أدركوا و فيهم صغار يجوز للكبار أن ينفذوا وصيّته ويقضوا دينه لمن صحّ على الميّت شهودٌ عدولٌ قبل أن يدرك الأوصياء الصغار ؟ فوقّع عليه السلام : نعم على الأكابر من الولدان أن يقضوا دين أبيهم ولا يحبسوه بذلك »(٢) .

وجه الاستدلال أنّه لو جاز تصرّف الصبيّ في الرواية الأولى والأولاد الصغار في جواب الكتاب لما وقع التعبير بالانتظار والحبس فانّ ممنوعيّة الصغير والصبيّ مفروغ عنها ، لكنّ المفروغ عنه التصرّف بالاستقلال لا ما كان بنظر الوليّ كالمملوك ، و أمّا المجنون فمع إفاقته لامانع من وصايته كالتكاليف المتوجّهة إليه ، و لا دليل على بطلان الوصاية من جهة طروّ الجنون بعد شمول الاطلاقات كما أنّه لا مانع من التمسّك بها لو أوصى إلى الصبيّ ، و قلنا بعدم نفوذ تصرّفاته قبل البلوغ لا بالاستقلال و لا باجازة الوليّ ، والقول بنفوذ تصرّفاته بعد البلوغ من دون انضمام الكبير حال الايصاء .

---

(١)و(٢) الكافي ج ٧ ص ٤٦ .

و أمّا اعتبار الاسلام فالظاهر عدم الخلاف فيه في الوصايه للمسلم واستدلّ عليه بقصوره عن منصب الولاية على المسلم إذ المؤمنون بعضهم أولياء بعض قال الله تعالى : « لايتّخذ المؤمنون الكافرين أولياء من دون المؤمنين » وقال جلّ شأنه « ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً » » و لولا شبهة الاجماع لأمكن الخدشة في الاستدلال بما ذكر لأنّا لا نجد الفرق بين الوصاية والوكالة فلو وكّل المسلم الكافر في أخذ ماله على الكافر المدين و صرفه في مصرف معيّن فهل يمكن منع صحّة الوكالة لما في الآيات الشريفة ، فلو لم يكن في الوصاية أزيد ممّا ذكر كيف يمكن منعها لما ذكر فغاية الأمر منع قيمومة الكافر ، وأمّا الوصاية بالنسبة إلى غيرها فلا مجال للاستدلال على منعها بما ذكر و لا مجال أيضاً للاستدلال بما يذكر لاعتبار العدالة لعدم تماميّته إلّا أن يكون الاجماع في المسئلة .

و أمّا اعتبار العدالة فهو المشهور واستدلّ عليه بأنّ الفاسق لا أمانة له لوجوب التثبّت عند خبره و أنّه ظالم لا يركن إليه و أنّ الوصاية قد تكون ولاية على الطفل أو على أداء حقّ واجب أو نحو ذلك ممّا لا ينبغي فيه ايتمان غير العدل و أنّ الوصاية إثبات الولاية بعد الموت الّذي به ترتفع ولاية الموصي و يصير التصرّف متعلّقاً لحقّ غير المستنيب من طفل أومجنون أوفقير وغيرهم فتكون اولى باعتبار العدالة من وكيل الوكيل ووكيل الحاكم على مثل هذه المصالح ، ومن هنا كان رضا الموصي بالفاسق غير معتدّ به كما أنّ منه يعلم الفرق بين الوصاية والوكالة والاستيداع المتعلّقة لحقّ الموكّل والمودع المسلّطين شرعاً على إتلاف مالهما فضلاً عن تسليط غير العدل عليه والموصي إنّما يسلّط على حقّ الغير لخروجه عن ملكه بالموت مطلقاً مع أنّا نمنع عدم اشتراط العدالة في الودعي والوكيل إذا كانا على مثل ذلك .

و يمكن أن يقال : لازم ما ذكر اعتبار العدالة في الأب والجدّ للأب بالنسبة إلى اولادهما الصغار وأموالهم ، فنقول : لادليل على اعتبار الأمانة في الوصيّ وقد يكون أميناً مع فسقه ، و وجوب التثبّت في خبره لا يوجب منع وصايته مع أنّ الفاسق إذا كان ثقة في إخباره يقبل قوله كما قرّر في محلّه ، والنهي عن الركون إلى الّذين ظلموا

لا يشمل المقام لعدم كون الايصاء إلى الفاسق ركوناً و ليس كل فاسق ظالماً بالظلم المراد من الآية الشريفة ، و نمنع كون الوصاية ولاية بالنسبة إلى ما ذكر .

و أمّا القيمومة فلا دليل على اعتبار العدالة فيها مطلقاً للانتقاض بولاية الأب والجدّ و ما ذكر من خروج المال عن ملك الموصي بموته ممنوع فانّه و إن لم يعتبر للميّت الملكيّة نحو ملكيّة الأحياء لكنّه لا مانع من الملكيّة نحو ملكيّة الجهة لاعتبار العقلاء كيف وإلّا لزم أن لايكون للثلث الموصى به مالك لوأوصى بصرفه في مثل الصدقات وهو كماترى .

و أمّا لو أوصى إلى عدل ففسق فتارة يكون وصف العدالة مأخوذاً في الوصي كما لو قال : أعط هذا هذا الشخص العادل ففسق الشخص قبل الاعطاء فلا إشكال في خروجه عن الوصاية ، و اُخرى ليس مأخوذاً فيه كما لو أوصى إلى الشخص و هو معتقد عدالته فلاوجه لخروجه عن الوصاية و لذا يقولون في صورة الاقتداء تارة يقتدي بزيد و يعتقد أنّ هذا المصلّي زيد فبان عمراً فلايصح الاقتداء ، واُخرى يقتدي بهذا المصلّي ويعتقد أنّه زيد فيصح اقتداؤه ، إنّما الاشكال في أنّه في الصورة الاُولى ما وجه بطلان وصايته بالمرّة بحيث لوعاد وصف العدالة لم يكن له التصدّي لأمر الوصاية فانّ هذا كما لووقف على إمام المسجد وكان شخص إماماً ثمّ خرج عن وصف الامامة ، ثمّ عاد وصف الامامة فهل يلتزم بعدم كونه موقوفاً عليه .

و أمّا وصاية المملوك فالظاهر عدم الخلاف في عدم جوازها في الجملة بدون إذن مولاه و استدلّ عليه بممنوعيّة المملوك عن التصرّفات بدون إذن المولى ، ويمكن أن يقال : لا دليل على الحجر بنحو يكون أقواله و أفعاله كأن لم تكن ، كيف و قد دلّ الدّليل على صحّة نكاحه كالعقد الفضولي المصحّح بالاجازة ، بل لعلّه يستفاد من بعض الأخبار كفاية سكوت المولى ولادليل على عدم جواز تصرّفاته حتّى الأقوال بحيث لو سأل سائل أين الطريق إلى دار زيد كان اللّازم عليه الاستيذان من المولى في الهداية فلو أوصى إلى المملوك بوقف داره المكتفي فيه «وقفت دارزيد» مثلاً وقلنا بعدم الحاجة في الوقف على الجهات العامّة إلي أزيد من الوقف والقبض يشكل القول بالبطلان لممنوعيّة

المملوك و نظير هذا توكيله في إجراء صيغة النكاح أوالطلاق ، هذا مضافاً إلى أن تمكّن المملوك وقت تنفيذ الوصيّة لا وقت الايصاء إليه لازمٌ ، و على المنع لا نجد الفرق بين إيصاء الغير إيّاه و بين إيصاء السيّد لأنّ المملوك في زمان حياة المولى لاعمل له و بعد الموت يكون ملكاً للورثة إلّا أن يجعل السيّد المملوك ثلثاً لنفسه بحيث لم يكن اختيار للورثة بالنسبة إليه ، و قد يتمسّك لنفي القابليّة بقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ على المحكي في صحيح ابن الحجّاج «لاوصية لمملوك» ولايخفى أنّه لاجامع قريب بين عدم الوصيّة للمملوك بمعنى عدم تملكه لما أوصى له به وعدم قابليّته لأن يوصى إليه بالوصيّة العهديّة، وذلك لأنّ الوصيّة التمليكيّة و العهديّة و إن أمكن جمع بينهما إذا كانا بمعنى الوصل أو بمعنى العهد إلّا أنّ التمليكيّة تتعدّى باللام والعهديّة بالى فلامجال لكون اللام بمعناها و بمعنى إلى ، وفي بعض الأخبار المذكورة نفي ملكيّته للموصى به فالقدر المتيقّن عدم تملّكه لو لم يعارضه ما دلّ على صحّة تملكه ، غاية الأمر يكون محجوراً و للمولى أن يتصرّف في ماله بل في بعض الموارد ، ليس للمولى أخذ ماله كما ورد فيما لوأعطاه شيئاً ليرضى عنه به من جهة إيذائه إيّاه ، ثمّ إنّه لاإشكال في جواز الايصاء إلى المملوك مع إذن المولى لنفوذ تصرّفاته مع الاذن .

و أمّا جواز وصاية الصبيّ منضمّاً إلى الكبير و نفوذ تصرّفاته بعد البلوغ وعدم جواز نقضه لمافعل الكبير فالدّليل عليه الخبر المذكور والمكاتبة المذكورة .

﴿ ولاتصحّ الوصيّة من المسلم إلى الكافر وتصحّ من مثله ، وتصحّ الوصيّة إلى المرأة ، ولو أوصى إلى اثنين و أطلق أو شرط الاجتماع فليس لأحدهما الانفراد ، و لو تشاحّا لم يمض إلّا ما لابدّ منه لمؤونة اليتيم ، و للحاكم جبرهما على الاجتماع ، فان تعذّر جاز الاستبدال ، ولو التمسا القسمة لم يجز ، ولوعجز أحدهما ضمّ إليه . أمّا لو شرط لهما الانفراد تصرّف كلّ واحد منهما ، و إن انفرد و يجوزأن يقتسما ﴾ .

قد مرّ الكلام في اعتبار الاسلام في الوصيّ و أمّا صحّة الوصيّة للكافر إلى مثله فان كان المدرك في عدم صحّة وصيّة المسلم إلى الكافر الاجماع فلا إشكال في المقام لعدم الاجماع ، و إن كان المدرك غيره ممّا ذكر فالفرق بين المقامين مشكلٌ ، نعم لو كان المدرك

للمنع ما ذكر من الآيات الشريفة يحصل الفرق .

وأمّا صحّة الوصيّة إلى المرأة فلاطلاق أدلّة الوصيّة وخصوص خبر علي بن يقطين المذكور .

و أمّا لو أوصى إلى اثنين وأطلق أو شرط الاجتماع فلا إشكال في الصّحة لاطلاق الأدلّة كما لاإشكال في لزوم الاجتماع مع الشرط في نفوذ التصرّفات ، وأمّا مع الاطلاق فالمشهور عدم النفوذ إلّا مع الاجتماع أخذاً بالمتيقّن و استدلّ أيضاً بظاهر الصحيح «في رجل مات وأوصى إلى رجلين أيجوز لأحدهما أن ينفرد بنصف التركة والآخر بالنصف؟ فوقّع عليه السلام لاينبغي لهما أن يخالفا الميّت و يعملان على حسب ماأمرهما إن شاءالله[1]» المؤيّد بالرّضوي « وإذا أوصى رجل إلى رجلين فليس لهما أن ينفرد كلّ منهما بنصف التركة ، و عليهما إنفاذ الوصيّة على ماأوصى الميّت» [2] .

وبخبر الصفوان بن يحيى « سألت أباالحسن عن رجل كان لرجل عليه مال فهلك وله وصيّان فهل يجوز أن يدفع المال إلى أحد الوصيّين ؟ فقال : لايستقيم إلّا أن يكون السلطان قد قسم المال ، فوضع على يدهذا النصف وعلى يدهذا النصف أويجتمعان بأمر السلطان » بناء على أنّ المراد سلطان العدل ولامجال للمناقشة في دلالة الصحيح المذكور من جهة لفظ لاينبغي لأنّ مخالفة الميّت لا يجوز بلا إشكال لأنّه تبديل الوصيّة ولا ينافي الصحيح الموثّق «أنّ رجلاً مات وأوصى إلى رجلين فقال أحدهما لصاحبه خذ نصف ما ترك و أعطني نصف ماترك فابى عليه الآخر فسئلنا أبا عبدالله عليه السلام عن ذلك فقال ذلك له » [3] وجه عدم المنافاة إجمال هذا الموثّق لأنّ التنافي في صورة رجوع الاشارة إلى القسمة و الضمير المجرور إلى الطالب و يحتمل رجوع الاشارة إلى الاباء عن القسمة و الضمير إلى المطلوب ، ويقال : هذا أولى لقرب مرجع الاشارة ، وقديدّعى أولويّة العكس

(١) الفقيه ص ٥٢٨ .و التهذيب ج ٢ ص ٣٨٥ و الاستبصار ج ٤ ص ١١٨ و الكافى ج ٧ ص ٤٦ .

(٢) الكافى ج ٧ ص ٤٦ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٣٨٧ . والاستبصار ج ٤ ص ١١٩ والكافي ج ٧ ص ٤٧ .

لوضع «ذلك» للاشارة إلى البعيد ، وقد تدفع بعدم وجود اللّام في نسخة الكافي نعم في نسخة الشيخ موجودة و يمكن أن يقال: يبعد جدّاً أن يكون وجوب الاجتماع مع الاطلاق حكماً تعبّديّاً على خلاف قصد الموصي بل يستظهر من الصحيح المذكور أنّه لا ينبغي من جهة مخالفة الميّت ، و على هذا فلا نجد الفرق بين الايصاء إلى الاثنين و بين توكيل اثنين فتارة يستظهر استقلال كلّ واحد كما لو أوصى إلى كلّ واحد في مجلسين و هذا كما لو وكّل أحد في بيع داره ، ثمّ في مجلس آخر و كّل غيره حيث إنّ الظاهر توكيل كلّ منهما مستقلاً فمع تصرّف أحدهما لا يبقى موضوع لفعل آخر ، واُخرى يستظهر اجتماعهما كما كانا حاضرين في مجلس واحد فقال افعلا بعد وفاتي كذا ، كما لو وكّل الاثنين في مجلس واحد في بيع داره و إن كان في هذه الصورة أيضاً يحتمل أن يكون نظره إلى استقلال كلّ واحد فمع الشكّ و عدم الظهور لابدّ من الاجتماع لأنّ التصرّف في الأموال والأمور الرّاجعة إلى الغير محتاج إلى الاجازة والقدر المتيقّن صورة الاجتماع و من الممكن أن يكون النظر في الصحيح المذكور إلى المخالفة من جهة كون الايصاء راجعاً إلى مجموع التركة لا إلى النصف كما لو أوصي إلى رجل في جميع اُموره فتجافى الوصي بالنسبة إلى بعضها فقد خالف الميّت ، وعلى هذا فلا نظر إلى الاستقلال و الانضمام

أمّا خبر صفوان المذكور ففيه الاحتمال المذكور مع أنّه يشكل الأخذ بظاهره لأنّ السلطان المذكور في لسان الأخبار يشمل الأشخاص المنصوبين فان كان منصوباً من قبل الجائر فحاله معلوم وإن كان منصوباً من قبل المعصوم صلوات الله عليه فمع كون التقسيم مخالفة و تبديلاً للوصيّة كيف يقسم .

و أمّا صورة تشاحّ الوصيّين مع لزوم اجتماعهما فلم يمض فيها عمل أحدهما للزوم كون العمل بنظرهما و استثناء ما لابدّ منه كمؤونة اليتيم لم يظهر وجهه بل الظاهر مراجعة الحاكم حيث أنّ أحد الوصيّين بدون الانضمام لااختيار له فيرجع إلى الحاكم و يستأذن منه و تصرّف الحاكم بدون نظر أحدهما أيضاً مشكل و مع التعذّر يرجع إلى عدول المؤمنين بل لا يبعد عدم لزوم الترتيب وقد سبق الكلام في هذا في بعض الكتب.

و أمّا جبر الحاكم إيّاهما على التوافق فيشكل من جهة أنّه إذا رأى كلّ منهما

المصلحة في جهة لم يكن مخالفة للآخر منكره حتّى يجب النهي عنها ، و على فرض النكارة النهي لا يختصّ بالحاكم ، و ليس المقام من باب المرافعاة حتّى يرجع إلى الحاكم لرفع الخصومة و إن كان من هذا الباب لا يجبرهما الحاكم على الاجتماع بل يحكم بما هو رأيه ، بل يشكل الحكم برأيه لأنّه ليس راجعاً إلى الشبهة الحكميّة حيث يحكم الحاكم بحكمه و إن كان على خلاف ما يكون حجّة بنظر المحكوم عليه ومن المحتمل سقوط الانضمام لعدم الامكان فيكون كما لومات أحدهما فيكون كما لو تعذّر حيث يجوّزون الاستبدال للزوم العمل بالوصيّة ، و اللّازم حينئذ الاستبدال أو يعمل بنظر الحاكم ومع التعذّر عدول المؤمنين ومع التّعذر فسّاقهم لأنّه أمر لابدّ منه ولا يرضى الشارع بتركه كحفظ مال اليتيم ، و على أي تقدير لو أرادا القسمة وتصرّف كلّ بالاستقلال في قسم لم يجز كما دلّ عليه الصحيح المذكور .

و أمّا صورة عجز أحد الوصيّين ففي المتن ضمّ الغير إليه و لم يظهر وجهه فان العجز تارة من جهة عدم التمكّن من مباشرة العمل و اُخرى من ضعف الرّأي والنظر و سخافة العقل ففي الصورة الاُولى ما المانع في التوكيل لأنّ القاعدة في باب الوكالة صحّة التوكيل في كلّ مالم يقيّد فيه المباشرة بل الايصاء إلى من يكون في معرض العجز أو إلى من له رفعة الشأن يقتضي عدم المباشرة إن كان العجز من الجهة الثانية فلا يبعد الرّجوع إلى الحاكم لقصوره عن العمل بالوصيّة كما لو مات الوصيّ ، و لا دليل على ضمّ الغير لأنّه بمنزلة جعل الوصي ولا دليل على صحّته .

وأمّا صورة قصد الموصي استقلال كلّ منهما فلا إشكال في تصرّف كلّ بالاستقلال إنّما الاشكال في التقسيم إن كان بمعني أنّه بعد التقسيم لايجوز لأحد منهما التصرّف في مايكون راجعاً إلى الآخر ، وإن كان بمعنى الرّخصة فلاإشكال حيث لم يخالفا نظر الموصي و لعلّ النظر إلى الثاني .

﴿و للموصي تغيير الأوصياء ، و للموصى إليه ردّ الوصيّة ، و يصحّ إن بلغ الرّدّ ، ولو مات الموصي قبل بلوغه لزمت الوصيّة ، وإذا ظهر من الوصيّ خيانة استبدل به ، و الوصيّ أمين لايضمن إلاّ مع تعدّ أو تفريط ، و يجوز أن يستوفي دينه ممّا في يده

و أن يقوّم مال اليتيم على نفسه وأن يقترضه إذا كان مليّاً ﴾ .

أمّا تغيير الأوصياء فالظاهر عدم الخلاف في جوازه للموصي لأنّ الوصيّة سواء كانت عقداً أو إيقاعاً بالنسبة إلى الموصي جائز ، ويدلّ على الجواز الأخبار منها مارواه عليّ بن إبراهيم ، عن أبيه ، عن ابن أبي عمير ، عن ابن بكير ، عن عبيد بن زرارة ، قال : « سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : للموصي أن يرجع في وصيّته إن كان في صحّة أو مرض » [1] .

وما روي عن بريد العجليّ ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « لصاحب الوصيّة أن يرجع فيها ويحدث في وصيّته مادام حيّاً [2] » .

و أخبار الباب و إن لم يتعرّض لتغيير الوصيّ إلّا أنّه يستفاد منها جواز التغيير بأيّ نحو كان .

و أمّا الموصى إليه فله ردّ الوصيّة و يصحّ إن بلغ الرّدّ إلى الموصي بلا خلاف ظاهراً في الجملة ، واستدلّ عليه بما رواه المشايخ الثلاثة عن محمّد بن مسلم في الصحيح ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « إن أوصي إلى رجل وهو غائب فليس له أن يردّ وصيّته ، فان أوصى إليه وهو بالبلد فهو بالخيار إن شاء قبل و إن شاء لم يقبل » [3] .

وما رواه في الكافي والفقيه ، عن فضيل بن يسار في الصحيح ، عن أبي عبدالله عليه السلام « في رجل يوصى إليه قال : إذا بعث بها إليه من بلد فليس له ردّها ـ الحديث » [4] .

و عن منصور بن حازم ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « إذا أوصى الرّجل إلى أخيه وهو غائب فليس له أن يردّ عليه وصيّته لأنّه لو كان شاهداً فأبى أن يقبلها طلب غيره » [5] .

فنقول : مقتضى إطلاق صحيح محمّد بن مسلم عدم جواز الرّدّ مع غيبته و إن بلغ

---

(١) و(٢) الكافي ج ٧ ص ١٢ .
(٣) الفقيه ص ٥٢٥ والكافي ج ٧ ص ۶ والتهذيب ج ٢ ص ٣٩١ .
(۴) الكافي ج ٧ ص ۶ والفقيه ص ٥٢٥ .
(٥) التهذيب ج ٢ ص ٣٩١ . والكافي ج ٧ ص ۶ .

ردّه إلى الموصي ، وجواز الرّدّ مع حضوره في البلد و إن لم يبلغ الرّدّ إلى الموصي، والمستفاد من ذيل الرّواية منصور أنّ المدار تمكّن الموصي من طلب الغير للوصاية .
و على هذا فلو بلغ الرّدّ إلى الموصي و لم يتمكّن من طلب الغير لمفاجأة الموت قبلاً فلا أثر للرّدّ بل وجب القبول ، و القيام بأمر الوصاية كما أنّه لو تمكّن الموصي من طلب الغير و لو لم يكن الموصى إليه في البلد و كان غائباً و كان الموصي يشكّ في ردّ الغائب و قبوله جاز له الرّدّ و لو لم يبلغ الخبر إلى الموصي في حال حياته و لا يلتزم المشهور بهذا التفصيل بل لعلّه يستفاد من صحيح ابن يسار عن أبي عبدالله عليه السلام «في رجل يوصى إليه فقال : إذا بعث إليه من بلده ليس له ردّها و إن كان في مصر يوجد فيه غيره فذلك إليه »[١] حيث يستفاد منه أنّ المدار تمكّن الموصي من الايصاء إلى الغير و ربما يشهد له الصحيح أو الحسن عن هشام بن سالم عن أبي عبدالله عليه السلام « في الرّجل يوصي إلى الرّجل بوصيّة فأبى أن يقبلها فقال أبوعبدالله عليه السلام : لا يخذ له على هذه الحال[٢]» حيث حمل الخبر على وجوب القبول .

و قد يقال بعدم جواز الرّدّ إذا كان الموصي أباً للموصى إليه لمكاتبة عليّ بن- الرّيّان إلى أبي الحسن عليه السلام « رجل دعاه والده إلى قبول وصيّته هل له أن يمتنع من قبول وصيّته ؟ فوقّع عليه السلام : ليس له أن يمتنع »[٣] و مقتضى القاعدة عدم جواز الرّدّ في خصوصه و إن أمكن إبلاغ الرّدّ ، و استشكل بأنّه لا يقاوم المطلقات الدّالّة على جواز الرّدّ مع الابلاغ ، ويمكن أن يقال : المطلقات لا يشمل هذه الصورة غاية الأمر لو لم يكن هذه المكاتبة أمكن دعوى القطع بعدم الفرق ، وأمكن الأخذ باطلاق صحيح فضيل بن يسار المذكور .

وأمّا صحيح محمّد بن مسلم حيث قال فيه « إن أوصى إلى رجل » وكذا خبر منصور ابن حازم حيث قال : فيه « أوصى الرّجل إلى أخيه » فلا يشملان هذه الصورة ، وثانياً

---

(١) تقدم عن الفقيه وغيره .
(٢) الفقيه ص ٥٢٥ ، و الكافي ج ٧ ص ٦ و اللفظ له .
(٣) الكافي ج ٧ ص ٧ و الفقيه ص ٥٢٥.

نقول : مقتضى القاعدة التقييد و إن كان المقيّد واحداً إلّا أن يكون المطلقات بحيث يبعد تقييدها . « و لو مات الموصي قبل بلوغ الردّ لزمت الوصيّة » بلا خلاف ظاهراً فإن كان المدرك ماذكر من الأخبار فقد عرفت الإشكال في صورة تمكّن الموصي من الإيصاء إلى الغير بمقتضى التعليل المذكور .

وأمّا استبدال الوصي مع الخيانة فلايخلو عن الإشكال لأنّ اللازم العمل بالوصيّة كما أوصى الموصي فإن كان التكليف متوجّهاً إلى خصوص الوصيّ فاللازم نهيه كما في سائر التكاليف و النهي لاينحصر بالحاكم بل التكليف بالنهي متوجّه إلى جميع المكلّفين و إن كان العمل واجباً لا على خصوص الوصي فاللازم العمل لا عزل الوصيّ و جعل شخص آخر مقامه ، و يمكن استظهار بقاء وصايته من الصحيح الآتي ذكره .

وأمّا كون الوصيّ أميناً لايضمن إلّا مع التعدّي أوالتفريط فالظاهر عدم الخلاف فيه ، فإن كان المدار في الأمانة الإذن الشرعيّ و المالكيّ فلا إشكال لاجتماعهما في الوصاية و إن كان المدار مراعاة مصلحة المؤتمن كما في الوديعة فلابدّ من أن يكون قبول الوصيّة لمصحلة الموصي ، وأمّا لو كان لمصلحة الوصي كما لو قبل الوصيّة لاستيفاء دينه أو للاستقراض إذا كان جائزاً فيشكل ، ألاترى أنّ كثيراً من الفقهاء قائلون بضمان المقبوض بالسوم مع حصول الإذن من المالك ، و أمّا مع التعدّي والتفريط فلاإشكال في الضمان كما في سائر الأمانات . ويدلّ عليه الصيحح عن أبي عبد الله عليه السلام سئل « عن رجل أوصى إلى رجل وأمر أن يعتق عنه نسمة بستّمائة درهم من ثلثه فانطلق الوصيّ فاعطى الستّمائة درهم رجلاً يحجّ بها عنه فقال : أرى أن يغرم الوصيّ من ماله ستّمائة درهم ويجعل الستّمائة فيما أوصى به الميّت من نسمة [1] » وربما كان فيه إيماء إلى عدم انعزال الوصيّ مع التعدّي حيث إنّه لو كان الوصيّ منعزلاً لما كان جعل الستّمائة فيما أوصى به الموصي مربوطاً به ، بل كان هو أجنبيّاً ليس له القيام بأمر الوصاية .

---

(١) التهذيب ج١ ص٣٩٦ .

و أمّا جواز استيفاء دينه ممّا في يده فنقول : إن اُريد الجواز بينه و بين ربّه وقد أوصى الموصي بتأدية ديونه ، فلاإشكال فيه ، وأمّا لو اُريد الجواز بمعنى أنّه ليس حال هذا الدّائن الوصي حال غير الوصي الّذي يدّعى الدّين على الميّت حيث إنّه لابدّ له من إقامة البيّنة والحلف فلابدّ من قيام الدليل عليه ، وتخصيص الدّليل الدّالّ على لزوم إقامة البيّنة على المدّعى والحلف ، و طرف الدّعوى في هذا المقام الورثة و غاية ما يقرّب لعدم الحاجة إلى البيّنة و اليمين و بعبارة اُخرى عدم الحاجة إلى الحجّة أنّ الحجّة لا حتمال الكذب بالنسبة إلى المدّعي ؛ المفروض عدمه كما أنّ المفروض وصايته على الوفاء على وجه له التخيير في جهات القضاء فلم يكن إشكال في استيفائه ضرورة أولويّته ممّا حكى الاتّفاق عليه من جواز إيفائه ما يعلمه من دين الاجنبي كذلك ولا يشكل بالأصل وموثّقة بريد بن معاوية عن أبي عبدالله عليه السلام قلت له : « إنّ رجلاً أوصى إليّ فسألته أن يشرك معي ذا قرابة له ففعل وذكر الّذي أوصى إليّ أنّ له قبل الّذي أشركه في الوصيّة خمسين و مائة درهم و عنده رهن بها جام من فضّة ، فلمّا هلك الرّجل أنشأ الوصيُّ يدّعي أنّ له قبله أكرار حنطة ؟ قال : إن أقام البيّنة و إلّا فلاشيء له ، قال : قلت له : أيحلُّ له أن يأخذ ممّا في يده شيئاً ؟ قال : لايحلُّ له ، قلت : أرأيت لو أنّ رجلاً عدى عليه فأخذ ماله فقدر على أن يأخذ من ماله ما أخذ أكان ذلك له ؟ قال : إنّ هذا ليس مثل هذا » [1] لانقطاع الأصل بماعرفت وخروج الموثّق عن الفرض باعتبار الاشتراك في الوصيّة على وجه ليس لأحدهما الاستقلال بالتصرّف من دون إذن الآخر الّذي ليس له إجازة هذا الأخذ من دون إثبات مع أنّه لم يعلم الوصاية فيه على وفاء الدّين .

ويمكن أن يقال: تارة أوصى الموصي إلى أحد تصرّف في ثلث مالي مثلاً وأدّ ديوني منه و إذا زاد الثلث اصرفه في مصرف كذا مثلاً بحيث لا ربط لهذا الثلث بالورثة سواء كان دين على الميّت أولم يكن فلا إشكال في التقريب المذكور ، و تارة اُخرى يوصى له بأداء دينه و ما زاد يرجع إلى الورثة ففي هذه الصورة للورثة إنكار الدّين الّذي لم

(١) الكافي ج ٧ ص ٥٧ و الفقيه ص ٥٣٩ .

يعلم ثبوته لغير الوصي لأنّه بزيادة الدّين و نقصانه يتحقّق الزّيادة و النقصان في الإرث و لعلّ جهة الفرق المذكور في الخبر ليس منحصراً فيما ذكر من الاشتراك في الوصاية بل كان هذه الجهة أيضاً فارقة ، نعم قد يرتفع المنع من الجهتين كما لو كان الشريك في الوصاية عالماً بثبوت الدّين أوكان الوصيُّ الواحد بدون الشريك في الوصاية قيّماً على الورثة الصغار ، و الظاهر أنّ مورد الموثّقة غير ما ذكر ، و أمّا جواز تقويم الوصيّ مال اليتيم على نفسه و اقتراضه مع كونه مليّاً فقد يقرّب جواز التقويم و الاشتراء لنفسه بأنّه وليٌّ على المال الّذي يريد شراءه بالوصاية و لامانع إلّا من جهة اتّحاد الموجب و القابل و لا إشكال من هذه الجهة لكفاية المغايرة الاعتباريّة كما في تزويج الجدّ للأب بنت ابنه لابن الابن الآخر مضافاً إلى إمكان التوكيل وإلى الخبر المنجبر قصوره بعمل الأكثر وفيه « هل للوصي أن يشتري مال الميّت إذا بيع فيمن زاد يزيد و يأخذ لنفسه ؟ فقال : يجوز إذا اشترى صحيحاً [1] » .

و يمكن أن يقال إن تمّ الخبر من جهة السند باعتماد الأكثر و العمل به فلا إشكال في خصوص شراء مال الميّت ، و كلامنا في مال اليتيم إلّا أن يدّعى القطع بعدم الفرق ومع قطع النظر عن الخبر لعلّ المقام نظير التوكيل في بيع داره أوصرف ماله في الفقراء مثلاً مع كونه من الفقراء هل يشمل الإطلاق البيع من نفسه أعني الوكيل أو صرف المال في نفسه أو ينصرف إلى الغير إلّا أن ينصّ بالتعميم ، ولعلّ الفرق بين المقام و الوكالة بافتراق الولاية عن الوكالة لايوجب الفرق لأنّ الولاية محدودة بالحدّ الّذي عيّن الموصي ، نعم لوكان الوصيُّ منصوباً من قبل الموصي في مايرى فيه المصلحة بالنسبة إلى اليتيم و في التقويم مصلحة له فلامانع من التقويم و بيع ماله من نفسه ، و ممّا ذكر ظهر حال الاقتراض و أنّه لامانع منه إذا كان حاله حال التقويم ويكون مشمولاً للاية الشريفة « و لا تقربوا مال اليتيم إلّا بالّتي هي أحسن » .

﴿ و تختصّ ولاية الوصيّ بما عيّن له الموصي عموماً كان أو خصوصاً ، ويأخذ الوصي اُجرة المثل ، و قيل : قدر الكفاية ، هذا مع الحاجة و إذا أذن له في الوصيّة

(١) الكافي ج ٧ ص ٥٩ تحت رقم ١٠ .

جاز ، و لو لم يؤذن فقولان أشبههما أنّه لا يصحّ ، و من لا وصيّ له فالحاكم وصيّ تركته ﴿ .

أمّا اختصاص الولاية بماعيّن الموصي فوجهه واضح لأنّ اختياره تحقّق بالوصاية ولامعنى لتحقّق الاختيار بالنسبة إلى غير ما عيّن كالوكيل مضافاً إلى قوله تعالى :«فمن بدّله بعد ماسمعه ـ الاية » في بعض الصور .

و أمّا جواز أخذ اُجرة المثل أوقدر الكفاية أو أقلّ الأمرين فقد وقع الخلاف فيه و اللّازم ذكر الأخبار الواردة في المقام فمنها صحيح هشام بن الحكم قال: « سألت أبا عبدالله عليه السلام عمّن تولّى مال اليتيم ماله أن يأكل منه ؟ قال : ينظر إلى ما كان غيره يقوم به من الأجر لهم فليأكل بقدر ذلك [(١)]».

و منها موثّق سماعة في تفسير الآية الشريفة «فليأكل بالمعروف » عن أبي عبدالله عليه السلام : « من كان يلي شيئاً لليتامى و هو محتاج ليس له ما يقيمه فهو يتقاضى أموالهم و يقوم في ضيعتهم فليأكل بقدر و لا يسرف ، فان كان ضيعتهم لا تشغله عمّا يعالج نفسه فلا يرزأنّ من أموالهم شيئاً »[(٢)].

و منها صحيح عبدالله بن سنان عنه عليه السلام أيضاً «أنّه سئل و أنا حاضر عن القيّم لليتامى و الشراء و البيع في ما يصلحهم أله أن يأكل من أموالهم ؟ فقال : لا بأس أن يأكل من أموالهم بالمعروف كما قال الله عزّ وجلّ : « فليأكل بالمعروف » و هو القوت » [(٣)] .

و منها خبر أبي الصباح عنه عليه السلام أيضاً فيها « فانّ ذلك الرّجل يحبس نفسه عن المعيشة فلا بأس أن يأكل بالمعروف إذا كان يصلح لهم أموالهم فان كان المال قليلاً فلا يأكل منه شيئاً »[(٤)]. و نحوه خبر سماعة وخبر أبي اُسامة المرويّان عن تفسير العياشيّ

---

(١) الوسائل ج ٥ ص ٥٥٨ كتاب التجارة أبواب ما يكتسب به ب ١٠١ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ١٢٩ . و في القاموس : رزأماله أصاب منه شيئاً .

(٣)و(۴) الوسائل ص٥٥٨ تحت رقم١و٣ .

عنه[1] عليه السلام أيضاً .

و منها خبر أبي بصير عنه عليه السلام أيضاً المروي في التفسير المزبور فيها « قال : هذا رجلٌ يحبس نفسه لليتيم على حرث أو ما شية ، و يشغل فيها نفسه فليأكل منه بالمعروف و ليس له ذلك في الدّنانير و الدّراهم الّتي عنده موضوعة »[2] .

ثمّ إنّه قد يقال بجواز أخذ اُجرة المثل من غير فرق بين الغنيّ و الفقير و بين الوصيّ و الحاكم و أمينه و عدول المؤمنين مالم يوجد المتبرّع الجامع للشرائط لأنّه المعروف و لعلّه إلى ذلك أومأ صحيح هشام المذكور ، و يمكن أن يقال : أمّا التقييد بعدم وجود من يتبرّع فيشكل لاطلاق قوله تعالى : « فليأكل بالمعروف » أمّا الأخذ باطلاق قوله تعالى و الصحيح المذكور مضافاً إلى قاعدة احترام عمل المسلم فقد يخالفه ما في موثّقة السماعة من التقييد باحتياج من يلي الأمر و فقدانه لما يقيمه ، و ما في خبر أبي الصباح المذكور « فان كان قليلاً فلا يأكل منه شيئاً » وكذا خبر سماعة و خبر أبي بصير كما أنّ القاعدة تنافي ظاهر الآية الشريفة حيث يظهر منها وجوب الاستعفاف مع الغنى ، ولايبعد أن يكون الأكل مع قلّة المال أو الغنى مكروهاً لاباء قاعدة الاحترام عن التخصيص و أقوائيّة ظهور ما في الاخبار من التعليل لكن بشرط أن يكون له عمل له قيمة و لعلّ ما في ذيل موثّقة سماعة من قوله عليه السلام على المحكي « و إن كان ـ الخ » ناظرٌ إلى هذه الجهة و لا يخفى أنّ وجوب التصدّي لاُمور اليتيم من جهة وجوب تنفيذ الوصيّة لا ينافي جواز الأكل بالمعروف لأنّ الواجب الجامع بين ما يؤخذ من جهة الاُجرة و مالا يؤخذ ، فظهر ممّا ذكر أنّ المجوّز اُجرة المثل من غير فرق بين كون المتولّي محتاجاً أو غير محتاج .

و أمّا لو أذن الموصي للوصيّ أن يوصي فالظاهر عدم الخلاف في أنّ للوصيّ أن يوصي فاذا قال الموصي للوصيّ أوص عند وفاتك للغير فالظاهر لزوم الايصاء على الوصيّ للزوم تنفيذ الوصيّة ففي التعبير بالجواز مسامحة إلّا أن يكون المراد أنّه جعل

(١) التفسير ج ١ ص ٢٢١ .

(٢) المصدر ج ١ ص ٢٢٢ .

الوصيّ مختاراً في الايصاء إلى الغير فله ترك الايصاء و قد يستدلّ على صحّة الايصاء بقوله تعالى « فمن بدّله بعد ما سمعه ـ الآية » و يشكل من جهة عدم صدق التبديل على ترك أمر أوصى به بل ظاهر التبديل غير ذلك فالأولى الاستدلال له بأنّه ممّا أوصى به و إن أمكن الاشكال بأنّ مادلّ على جواز الوصيّة و لزوم تنفيذها لا يدلّ على مشروعيّة كلّ ما يوصى به إلاّ ما خرج .

إلاّ أنّه ربما يظهر من بعض الأخبار استفادة المشروعيّة من قوله تعالى « فمن بدّله بعد ما سمعه ـ الاية » ومكاتبة الصفّار في الصحيح إلى أبي محمّد عليه السلام «رجل كان وصيّ رجل فمات فأوصى إلى رجل آخر هل يلزم الوصيّ وصيّة الرّجل الّذي كان هذا وصيّه؟ فكتب عليه السلام : يلزمه بحقّه إن كان له قبله حقّ إن شاء الله »[1] و «الحقّ» في الجواب فسّر بحقّ الايمان على معنى أنّه يلزمه الوفاء بحقّه إن كان مؤمناً فانّ الله قد عقد الاُخوّة بين المؤمنين وهو مقتضى إعانة المؤمن وقضاء حوائجه فضلاً عن إنفاذ وصيّته ، و يحتمل أن يكون المراد حقّ الوصيّة إلى الوصيّ الأوّل بمعنى أنّ الوصيّة تلزم الوصيّ الثاني بحقّ الأوّل إن كان للأوّل قبله يعني قبل الوصيّ الأوّل حقّ بأن يكون قد أوصى إليه و أذن له أن يوصي فقد صارله قبله حقّ الوصيّة فاذا أوصى بها لزمت الثاني ، و على كلا الاحتمالين يصحّ مع الاذن إيصاء الوصيّ إلى وصيّ آخر و أمّا مع عدم الاذن فالاكثر على المنع لعدم ثبوت ولاية له بعد الموت على ذلك بل قيل : إنّ المتبادر من استنابته مباشرته بنفسه أو بوكيله دون الايصاء إلى الغير المشتمل على الولاية بعد موته الّذي يكفي في عدم جوازه عدم ثبوت الاذن من الموصي الأوّل خلافاً للشيخ وابني الجنيد والبرّاج فجوّزا الايصاء إليه له لأنّ الاستنابة من جملة التصرّفات الّتي يملكها حيّاً بالعموم كما يملكها بالخصوص ، ولأنّ الموصي أقامه مقام نفسه فيثبت له من الولاية ما يثبت له ، و لمكاتبة الصفّار المذكورة ، و يشكل بمنع كون الاستنابة من جملة التصرّفات الّتي يملكها حيّاً بالعموم و منع إقامة الموصي إيّاه مقامه في كلّ

---

(١) التهذيب ج٢ ص٥٩٣ . و الفقيه ص ٥٣٦ .

ما يثبت له ، و أمّا المكاتبة فهي مجملة فمع أرجحيّة الاحتمال الغير المناسب للمقام أو التساوي لا مجال للاستدلال بها .

و يمكن أن يقال : ان استفدنا من بعض الأخبار أنّه مع الشكّ في مشروعيّة وصيّة يجوز التمسّك بقوله تعالى «فمن بدّله بعد ماسمعه ـ الاية» لمشروعيّتها فماالمانع من التمسّك به في المقام و لذا قد يستدلّ على صحّة الايصاء للوصيّ مع إذن الموصي الأوّل بها فلاحظ ما رواه الكليني ـ قدّس سرّه ـ عن عليّ بن إبراهيم ، عن أبيه عن الرّيّان بن شبيب قال : « أوصت ماردة لقوم نصارى فرّاشين بوصيّة، فقال أصحابنا اقسم هذا في فقراء المؤمنين من أصحابك . فسألت الرّضا عليه السلام فقلت: إنّ اُختي أوصت بوصيّة لقوم نصارى و أردت أن أصرف ذلك إلى قوم من أصحابنا مسلمين ، فقال :امض الوصيّة على ما أوصت به قال الله تعالى « فانّما إثمه على الّذين يبدّلونه »[1] .

و المنقول من كتاب الحسين بن سعيد بسنده إلى محمّد بن مسلم قال : « سالت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل أوصى بماله في سبيل الله ؟ قال : أعطه لمن أوصى له و إن كان يهوديّاً أو نصرانياً إنّ الله تعالى يقول: «فمن بدّله بعد ما سمعه فانّما إثمه على الّذين يبدّلونه »[2].

و عن الحسين بن سعيد في حديث آخر عن الصادق عليه السلام قال: «قال : لو أنّ رجلاً أوصى إليّ أن أضع في يهوديّ أو نصرانيّ لوضعت فيهم ، إنّ الله يقول : « فمن بدّله بعد ما سمعه ـ الآية »[3].

فنقول : الظاهر في الرّواية الأولى أنّ السائل كان شاكّاً في صحّة الوصيّة بالنحو المذكور فبيّن الإمام على المحكيّ صحّته و ذكر قوله تعالى استشهاداً ، و كذا يستفاد من الخبرين الآخرين ، فمع هذا لو أوصى الوصيّ إلى شخص آخر بدون إذن الموصي الأوّل فما المانع من التمسّك بقوله تعالى « فمن بدّله بعد ما سمعه ـ الآية»

(۱) المصدر ج ۷ ص ۱۶ .

(۲) و (۳) الكافى ج ۷ ص ۱۴ و ۱۵ و التهذيب ج ۲ ص ۳۹۰ و الفقيه ص ۵۲۷ .

لنفوذ وصيّته ، و لعلّك تقول : يستفاد من بعض الأخبار تخصيص قول الله تعالى « فمن بدّله بعد ما سمعه » بقوله عزّوجلّ : « فمن خاف من موص جنفاً أو إثماً فأصلح بينهم فلا إثم عليه » فلاحظ ما رواه محمّد بن يعقوب ـ قدّس سرّه ـ باسناده عن محمّد بن سوقة قال : «سألت أباجعفر عليه السلام عن قول الله تبارك وتعالى «فمن بدّله بعد سمعه فانّما إثمه على الّذين يبدّلونه» قال : نسختها الآية الّتي بعدها قوله عزّوجلّ : « فمن خاف من موص جنفاً أو إثماً فأصلح بينهم فلا إثم عليه» قال : يعني الموصى إليه إن خاف جنفاً من الموصي فيما أوصى به إليه ممّا لا يرضى الله عزّ ذكره من خلاف الحقّ « فلا إثم عليه» أي على الموصى إليه أن يردّه إلى الحقّ و إلى ما يرضى الله عزّ و جلّ فيه من سبيل الخير » [1].

و الظاهر أنّ المراد من النسخ التخصيص فبعد التخصيص يشكّ في المقام أنّه داخل في العامّ أو في المخصّص لكنّه على مسلك من يتمسّك في أمثال المقام ـ كالشكّ في مخالفة الشرط للكتاب أو السنّة ـ بالاستصحاب يتمسّك في المقام أيضاً ، و على الاشكال في جريان الاستصحاب في الشبهات الحكميّة يشكل ، لا يقال : إذا لم يكن جنفاً و لا إثماً ، من جهة أنّ الاثم منوط بالبيان و مع عدم البيان لا إثم فيبقى تحت العامّ لأنّه يقال : فسّر كلام الله بما لا يرضى به الله عزّ و جلّ فمع الشكّ في أنّه ممّا لا يرضى الله به كيف يتمسّك بالعامّ إلّا أن يقال : الظاهر أن يكون المراد كون الموصى به لا يرضى الله به و في المقام ليس الموصى به كذلك و لذا يقال : يقوم بأمر الوصاية الحاكم أو عدول المؤمنين فتأمّل فمقتضى الاحتياط أن يقوم بأمر الوصاية الوصي الثاني الموصى إليه بغير إذن الموصي الأوّل بإذن الحاكم و عدول المؤمنين .

و أمّا كون الحاكم وصيّ من لا وصيّ له في تركته ففي صورة الحاجة كما لو كان للميّت أطفال صغار أو مجانين الظاهر عدم الخلاف في أنّ النظر للحاكم الشرعيّ و وقع الخلاف لو لم يكن ثمة حاكم فهل لعدول المؤمنين تولّي ذلك أم لا ؟ فالاكثر على الأوّل و قال ابن إدريس بالثاني ، و يمكن أن يقال : إن كان النظر في صورة التمكّن من

---

(١) المصدر ج ٧ ص ٢١ .

المراجعة إلى الحاكم في لزوم الرّجوع إليه بالخصوص من جهة الولاية العامّة فمع التأمّل في ثبوتها له لا نسلّم تعيّن الرّجوع إليه نعم مع الشكّ في تعيّنه في الوصيّة أو التخيير بينه و بين عدول المؤمنين يكون هو المتيقّن و اللّازم ذكر الأخبار الواردة في المقام.

فمنها ما رواه في التهذيب في الصحيح عن محمّد بن إسماعيل بن بزيع قال: «مات رجلٌ من أصحابنا و لم يوص فرفع أمره إلى قاضي الكوفة فصيّر عبدالحميد ابن سالم القيّم بماله وكان الرّجل خلّف ورثة صغاراً ومتاعاً و جواري فباع عبد الحميد المتاع، فلمّا أراد بيع الجواري ضعف قلبه في بيعهنّ إذ لم يكن الميّت صيّر إليه وصيّته و كان قيامه بهذا بأمر القاضي لا نّهن فروج قال: فذكرت ذلك لأبي جعفر عليه‌السلام فقلت له: يموت رجلٌ من أصحابنا و لم يوص إلى أحد ويخلف الجواري فيقيم القاضي رجل منّا ليبيعهنّ أو قال: يقوم رجل منّا فيضعف قلبه لأنّهنّ فروج، فما ترى في ذلك القيّم؟ قال: فقال: إذا كان القيّم مثلك ومثل عبدالحميد فلابأس[1]»

ومنها ما رواه المشايخ الثلاثة ـ قدّست أسرارهم ـ عن عليّ بن رئاب في الصحيح في بعض طرقه قال: «سألت أباالحسن موسى عليه‌السلام عن رجل بيني و بينه قرابة مات و ترك أولاداً صغاراً وترك مماليك و غلمان وجواري ولم يوص فماترى فيمن يشتري منهم الجارية يتّخذها أمّ ولد وماترى في بيعهنّ؟ قال: فقال: إن كان لهم وليٌّ يقوم بأمرهم باع عليهم و نظر لهم كان ما جوراً فيهم، قلت: فما ترى فيمن يشتري منهم الجارية فيتّخذها أمّ ولد؟ قال: لا بأس بذلك إذا باع عليهم القيّم الناظر لهم فيما يصلحهم، وليس لهم أن يرجعوا فيما صنع القيّم لهم و الناظرفيمايصلحهم»[2].

و ما رواه في الكافي و التهذيب عن إسماعيل بن سعد الأشعري في الصحيح قال: «سألت الرّضا عليه‌السلام عن رجل مات بغير وصيّة و ترك أولاداً ذكراناً و غلماناً صغاراً و ترك جواري ومماليك هل يستقيم أن تباع الجواري؟ قال: نعم. و عن الرّجل يصحب

(۱) التهذيب أبواب الزيادات الحديث الخامسة و العشرون.

(۲) الكافي ج ۷ ص ۶۷ والفقيه ص ۵۳۳ و التهذيب ج ۲ ص ۴۰۰.

الرّجل في سفره فيحدث به حدث الموت ولايدرك الوصيّة كيف يصنع بمتاعه وله أولاد صغار أو كبار أيجوز أن يدفع متاعه و دوابّه إلى ولده الأكابر أو إلى القاضي ، فإن كان في بلدة ليس فيها قاض كيف يصنع ؟ و إن كان دفع المال إلى ولده الأكابر و لم يعلم به فذهب و لم يقدر على ردّه كيف يصنع ؟ قال : إذا أدرك الصغار و طلبوا فلم يجد بداً من إخراجه إلّا أن يكون بأمر السلطان . وعن الرّجل يموت بغير وصيّة وله ورثة صغار وكبار أيحلّ شراء خدمه و متاعه من غير أن يتولّى القاضي بيع ذلك ، فإن تولّاه قاض قد تراضوا به ولم يستعمله الخليفة أيطيب الشراء منه أم لا ؟ فقال : إذا كان الأكابر من ولده معه في البيع فلا بأس به إذا رضي الورثة بالبيع ، و قام عدل في ذلك » [1] .

و ما رواه المشايخ الثلاثة عن سماعة في الموثّق قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرّجل مات وله بنون وبنات صغار وكبار من غير وصيّة وله خدم و مماليك وعقد [2] كيف يصنع الورثة بقسمة ذلك الميراث ؟ قال : إن قام رجل ثقة قاسمهم ذلك كلّه فلا بأس » [3] .

فنقول : لا مجال لحمل ما في هذه الأخبار على الإذن الحاصل من الإمام عليه الصلاة و السلام في الموارد الخاصّة لأنّه كثيراً ما سأل السائل من دون نظر إلى واقعة خاصّة بل نظره إلى فرض الصورة ، فالجواب يشمل الصورتين وعلى فرض كونه إذناً من باب الولاية يكون شاملاً للصور المفروضة ، بل الظاهر أنّه لبيان الحكم الشرعيّ و يستفاد من بعضها جواز التصدّي للعدل و للثقة من بعض الآخر فلايبقى الإشكال في صحيح محمّد بن إسماعيل بن بزيع من جهة عدم معلوميّة المماثلة من جهة الاهليّة للحكومة الشرعيّة أو العدالة أو الوثاقة ، فاللازم تحقّق أحد الوصفين من العدالة و الوثاقة ، و الوثاقة إن كان المراد منها الوثاقة في الدّين تكون ملازمة للعدالة وعلى هذا فالرّجوع

---

(١) الكافي ج ٧ ص ٦٦ و التهذيب ج ٢ ص ٤٠٠ .

(٢) العقد بمعنى الضيعة .

(٣) الكافي ج ٧ ص ٦٦ و التهذيب ج ٢ ص ٤٠٠ والفقيه ص ٥٣٣ .

إلى عدول المؤمنين ليس متأخّراً عن الرّجوع إلى الحاكم الشرعيّ لكنّه مخالف للمشهور ، ثمّ إنّه قد يلزم القيام بأمر و لا طريق إلى الحاكم و لا إلى العدول كحفظ اليتيم والمجنون والمريض القاصرين مع توقّف حفظهم على التصرّف في أموالهم فلا إشكال في جواز تصرّف غيرهم .

﴿ الخامس في الموصى به و فيه أطراف : الأوّل في متعلّق الوصيّة و يعتبر فيه الملك فلا تصحّ بالخمر و لا بآلات اللّهو ، و يوصى بالثلث فما نقص ، و لو أوصى بزيادة عن الثلث صحّ في الثلث وبطل الزّائد ، فإن أجاز الورثة بعد الوفاة صحّ و إن أجاز بعض صحّ في حصّته ، و إن أجازوا قبل الوفاة ففي لزومه قولان ،المرويّ اللّزوم.ويملك الموصى به بعد الموت ﴾ .

المعروف في كلماتهم اعتبار الملكيّة فإن كان المراد الملكيّة الفعليّة فيشكل من جهة صحّة الوصيّة بثمرة البستان مع أنّها ليست بملك قبل تحقّقها وصحّة الوصيّة بالثلث مع كون الثلث الموجود زمان الموت لا الموجود حال الوصيّة و إن كان المراد ما يقبل الملكيّة ولو بعد حين فلا إشكال لكنّه لا يناسب الاستدلال بكون الوصيّة من العقود المملّكة فإنّ مايملكه العاقد بعد حين لايقع متعلّق العقد ، مضافاً إلى منع كون الوصيّة التمليكيّة عقداً لمنع الحاجة إلى القبول ، فالمعتبر كون الموصى به قابلاً للنقل إلى الغير ولو بعد حين عيناً كان أو منفعة أوحقّاً ، ووجهه أنّه لولم يكن كذلك لماصحّ تمليكه للموصى له .

وأمّا اعتبار عدم كونه زائداً عن الثلث في نفوذه بلاحاجة إلى إمضاء الورثة فيدلّ عليه أخبار كثيرة منها ما رواه في التهذيب عن عليّ بن عقبة ، عن أبي عبد الله عليه السلام « عن رجل حضره الموت فأعتق مملوكاً ليس له غيره فأبى الورثة أن يجيزوا ذلك كيف القضاء ؟ قال : لايعتق منه إلاّ ثلثه » و سائر ذلك الورثة أحقّ بذلك ولهم مابقي [1]».

وهذا الخبر وإن لم يكن راجعاً إلى الوصيّة لكنّه يستفاد من ذيله أحقّيّة

---

(١) التهذيب ج ٢ ص ٣٨٨ .

الورثة بالنسبة إلى ما سوى الثلث و كون ما بقي لهم ، فلا تجتمع مع نفوذ الوصيّة فيما زاد .

و منها ما عن محمّد بن مسلم ، عن أبي جعفر عليه السلام « في رجل أوصى بأكثر من الثلث و أعتق مملوكه في مرضه ؟ فقال : إن كان أكثر من الثلث ردّ إلى الثلث و جاز العتق » (١) .

وما عن السكوني ، عن جعفر ، عن أبيه عليهما السلام ، عن عليّ عليه السلام قال : « إنّ رجلاً أعتق عبداً له عند موته لم يكن له مال غيره ؟ قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله يقول : يستسعى في ثلثي قيمته للورثة » (٢).

و دلالة هذا الخبر مبنيّة على اتّحاد منجّزات المريض مع معلّقاته في الحكم ، ويمكن أن يقال : مع ثبوت الحكم في المنجّز فالمعلّق أولى ، وفيه تأمّل .

و عن الحسين بن محمّد الرّازي قال : كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام «الرّجل يموت فيوصي بماله كلّه في أبواب البرّ و بأكثر من الثلث ، هل يجوز ذلك له و كيف يصنع الوصي ؟ فكتب عليه السلام : تجاز وصيّته ما لم يتعدّ الثلث » (٣) إلى غير ما ذكر من الأخبار، و حكي عن عليّ بن بابويه جواز الوصيّة بأكثر من الثلث حتّى الجميع ، و احتجّ في ذلك برواية عمّار الساباطيّ ، عن الصادق عليه السلام قال : « الرّجل أحقّ بماله ما دام فيه الرّوح إن أوصى به كلّه فهو جائز له» (٤) واُجيب بضعف الرّواية و معارضة الرّوايات الكثيرة لها وإمكان حملها على ما لا يخالف تلك الأخبار فانّ الانسان أحقّ بماله مادام فيه الرّوح فان أوصى بجميع ماله يراعى فان أجاز الورثة تكون الوصيّة نافذة ومع عدم الامضاء تردّ إلى الثلث .

و أمّا الجواز مع إمضاء الورثة فيدلّ عليه ما رواه المشايخ الثلاثة في الصحيح

---

(١) التهذيب ج ٢ ص ٣٩٣ . والكافي ج ٧ ص ١٦ .

(٢) التهذيب ج٢ ص٣١٢ .

(٣) التهذيب ج٢ ص٣٨٨ .

(٤) الفقيه ص٥٢٧ .

عن محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام « في رجل أوصى بوصيّة و ورثته شهود فأجازوا ذلك فلمّا مات الرّجل نقضوا الوصيّة هل لهم أن يردّوا ما أقرّوا به ؟ قال : ليس لهم ذلك ، الوصيّة جائزة عليهم إذا أقرّوا بها في حياته » [1] .

و هذه الرّواية لا ذكر فيها للزّيادة على الثلث إلّا أنّه لمّا كان النفوذ بملاحظة إقرارهم السابق تكون محمولة على صورة الزّيادة على الثلث فانّ الوصيّة بالثلث فما نقص لاتحتاج إلى إجازتهم . وما رواه الشيخ عن ابن رباط عن منصور بن حازم قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل أوصى بوصيّة أكثر من الثلث و ورثته شهود فأجازوا ذلك له ، قال : جائز» . و قال ابن رباط : و هذا عندي على أنّهم رضوا بذلك في حياته و أقرّوا به [2] .

و روى المشايخ الثلاثة [3] في الصحيح عن منصور بن حازم مثل ما عن محمد بن مسلم في الصحيح المذكور ، ولو أجاز بعض الورثة فالمعروف أنّ الوصيّة نافذة في الزّيادة على الثلث بمقدار حصّة المجيز في الزّيادة فالمقام كالعقد الفضولي الواقع على المال المشترك مع إجازة بعض الشركاء دون بعض آخر ، و يمكن أن يقال : إذا كانت الاجازة بعد موت الموصي فلا إشكال و أمّا الاجازة في حياة الموصي و موته بعد مدّة فلا يخلو عن الاشكال من جهة أنّ المعروف اعتبار الثلث حال الموت لا حال الوصيّة ، فربما يتملّك الموصي أموالاً في خلال المدّة الواسطة بين الوصيّة و الموت فحال الوصيّة و الاجازة من الوارث لا تملك بالنسبة إلى تلك الأموال لا للموصي و لا للورثة ، فكيف يتصوّر سهم للوارث حتّى يقال : إجازة بعض الورثة نافذة بالنسبة إلى سهمه ، غاية الأمر دلّ الدّليل على أنّه لو أوصى الموصي بالوصيّة التمليكيّة بمثل تلك الأموال و أجاز الورثة الوصيّة نفذت الوصيّة بالنسبة إلى الموصى به الزّائد على الثلث و مع عدم الاجازة لا تنفذ إلّا مقدار الثلث فالتمليك من الموصي

---

(١) التهذيب ج٢ ص٣٨٧ . و الفقيه ص ٥٢٧ .

(٢) التهذيب ج٢ ص٣٨٧

(٣) الوسائل ج٢ ص ٦٦٤ أبواب أحكام الوصايا باب ١٣ .

تنزيلي ولولا التنزيل لم تعتبر العقلاء تمليك مالم يملك المملّك بعد فاجازة جميع الورثة نافذة بحسب الاخبار و أمّا إجازة البعض و نفوذها بالنسبة إلى ما يتصوّر سهماً له لا يشملها الأخبار ، و أمّا حصول الملك للموصى له بعد الموت فلا إشكال فيه لأنّ المال الموصى به قبل موت الموصي ملك له وباختياره له ، أن يتصرّف فيه كيف شاء .

﴿وتصحّ الوصيّة بالمضاربة بمال ولده الأصاغر ، ولو أوصى بواجب و غيره اُخرج الواجب من الأصل والباقي من الثلث ، ولو حصل الجميع بالثلث بدىء بالواجب ، ولو أوصى بأشياء تطوّعاً فان رتّبه بدىء بالأوّل فالأوّل حتّى يستوفي الثلث وبطل مازاد، و إن جمع اُخرجت من الثلث ووزّع النقص ، و إذا أوصى بعتق مماليكه دخل في ذلك المنفرز و المشترك﴾ .

أمّا صحّة الوصيّة بالمضاربة بمال ولده الصغار فيدلّ عليها ما رواه في الكافي ، عن محمّد بن مسلم في الموثّق عن أبي عبدالله عليه السلام « أنّه سئل عن رجل أوصى إلى رجل بولده و بمال لهم و أذن له عند الوصيّة أن يعمل بالمال بأن يكون بينه وبينهم ، فقال : لا بأس به من أجل أنّ أباه قد أذن له في ذلك و هو حيّ »[1] .

و عن خالد بن بكر الطويل قال: « دعاني أبي حين حضرته الوفاة فقال: يا بنيّ اقبض مال إخوتك الصغار و اعمل به و خذ نصف الرّبح و أعطهم النصف و ليس عليك ضمان فقدّمتني اُمّ ولد لأبي بعد وفاة أبي إلى ابن أبي ليلى فقالت له : إنّ هذا يأكل أموال ولدي ، قال : فقصصت عليه ما أمرني به أبي ، فقال ابن أبي ليلى : إن كان أبوك أمرك بالباطل لم أجزه ، ثمّ أشهد عليّ ابن ابى ليلى إن أنا حركته فأناله ضامن ، فدخلت على أبي عبدالله عليه السلام فقصصت عليه قصّتي ، ثمّ قلت ماترى ؟ فقال : أمّا قول ابن أبي ليلى فلاأستطيع ردّه ، وأمّا في ما بينك وبين الله عزّوجلّ فليس عليك ضمان »[2] .

و يمكن أن يقال : يستفاد من الرّوايتين جواز المضاربة بغير الذّهب و الفضّة وهو خلاف المشهور ، ويمكن المناقشة في دلالة الرّواية الاُولى من جهة أنّه علّل عدم

---

(١) و (٢) الكافي ج٧ ص٦٢ .

البأس بإذن الأب و هوحيّ ، و هذا التعبير أنسب بالولاية الشرعيّة بالنسبة إلى الصغير فكأنّه أوصى و أذن في المضاربة بمال الصغير وربما يظهر منه أنّ الإذن في ماله الفعلي قبل موت الأب لا الوصيّة بالمضاربة بما يصيرمالا له بعد الموت ، و نوقش في سندالرواية الثانية من جهة أنّ خالدبن بكير المذكور مجهول الحال ودفعت المناقشة في السندبأنّ في السندابن أبي عمير وهوممّن أجمع على تصحيح مايصحّ عنه فلايضرّ جهالة من بعده ، ثمّ إنّه حكي عن جماعة صحّة الوصيّة بالمضاربة من غيرفرق بين مال الصغار والكباروبين أن يكون الرّبح المجهول للعامل بقدر اُجرة المثل أوأزيد بقدر الثلث أو أزيد ، و وجّه باطلاق مادلّ على تنفيذ الوصيّة المقيّد بالثلث إذا كانت مفوتة للمال على الوارث أو بالأعمّ من ذلك وممّافيه ضرر عليه أمّا إذا لم يكن كذلك بل كانت الوصيّة تصرّفاً في المال على وجه لاتفويت فيه للمال على الوارث ولاضررفيه عليه فليس في الأدلّة مايدلّ على تخصيص العمومات المعتضدة بظاهر قوله تعالى « فمن بدّله بعدما سمعه » و عموم تسلّط النّاس و معلوميّة كون الوصيّة بعد الموت كالتنجيز في حال المرض بالنسبة إلى الممنوع منها و الجائز ، بل الدّليل فيهما متحدٌ ولا ريب في صحّة المضاربة بأزيد من الثلث في حال المرض و لو بحصّة قليلة من الرّبح كما لا ريب في صحّة بيع التركة بثمن المثل حال المرض .

ويمكن أن يقال : أمّا الخبران فلاإطلاق فيهما بالنسبة إلى أموال الكبار فإنّ رواية محمّد بن مسلم السؤال فيها عن رجل أوصى إلى رجل بولده و هذا التعبير مناسب لجعله قيّماً على الصغار ، ثمّ التعليل بالإذن لايناسب بالنسبة إلى الكبار ، وأمّا الرّواية الثانية فمورد السؤال فيها الصغار ، وأمّا بالنظر إلى عمومات الوصيّة فمع تخصيصها بكون الموصى به ممّا يرضى به الله يشكل التمسّك بها فإنّ منع المالك عن التصرّف في ملكه وتضرّر المالك كيف يجوزان ، وفرقٌ واضحٌ بين الوصيّة بالثلث بأن يصرف في الاُمور الواجبة المربوطة بالموصي وفي المستحبّات المربوطة به وبين المداخلة في أموال الغير بنحو يكون ممنوعاً من التصرّفات أو يكون متضرّراً حيث إنّ المضاربة وإن كانت من العقود الجائزة لكن لازم صحّة الوصيّة بها لزومها و تصرّف الوليّ في مال المولى عليه منوط بالمصلحة

أولا أقلّ من عدم المفسدة فانّ الله لايحبُ الفساد ، ووجه ذلك أنّ الأوّل ليس تصرّفاً في مال الغير حيث إنّ الارث بعد الوصيّة بخلاف الثاني ، غاية ما في الباب في خصوص مال الصغار بمقتضى الرّوايتين مع تماميّة دلالتهما نقول بصحّة الوصيّة و إطلاقهما لصورة كون الرِّبح المجعول للعامل أكثر من اُجرة المثل معارض بمادلّ على عدم جواز مافيه الفساد ، وفي هذه الصورة أعني الوصاية بالمضاربة بمال الصغير ليس مخالفة لقاعدة السلطنة لأنّ الصغير محجور و الولاية للأب و الجدِّ ، و لم يظهر لما ذكر من عموم تسلّط النّاس وجه لتصحيح ماذكر في المقام فانّ الموصي في حال حياته غير حال مرض الموت مسلّط على أمواله يتصرّف كيف شاء و في مرض الموت كذلك إن قلنا بأنّ المنجّزات يخرج من الأصل و إن قلنا بخروجها من الثلث فحالها حال الوصيّة، لكن لاسلطنة على مال الغير و في المقام يراد إثباتها على مال الغير أعني الورثة الكبار .

ولو أوصى بواجب و غيره يجب خروج الواجب المالي سواء كان مشوباً بالبدني كالحجِّ أو لم يكن مشوباً كالزّكاة و الكفّارات من أصل المال أوصى به أولم يوص بلاخلاف ظاهراً والأخبار بوجوب إخراج الواجب المالي من الأصل متكاثرة ذكرت في كتاب الحجِّ والزّكاة و الخمس وكتاب الدُّيون .

فمنها ما رواه الشيخ بإسناده ، عن موسى بن القاسم ، عن صفوان ، عن معاوية ابن عمّار قال : «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل مات فأوصى أن يحجّ عنه قال : إن كان صرورة فمن جميع المال وإن كان تطوُّعاً فمن ثلثه»(١) .

و منها ما روى محمّد بن يعقوب ، عن عليِّ بن إبراهيم ، عن أبيه ، عن ابن أبي عمير ، عن معاوية بن عمّار ، عن أبي عبد الله عليه السلام « في رجل توفّي و أوصى أن يحجّ عنه قال : إن كان صرورة فمن جميع المال إنّه بمنزلة الدّين الواجب وإن كان قد حجّ فمن ثلثه ، و من مات ولم يحجّ حجّة الاسلام ولم يترك إلّا قدر نفقة الحمولة ولورثة فهم أحقُّ بما ترك ، فان شاؤوا أكلوا وإن شاؤوا حجّوا عنه »(٢) .

---

(١) التهذيب ج ٢ ص٣٩٧ باب وصية الانسان لعبده ح ٤٥ .

(٢) الكافي ج ٤ ص ٣٠٥ .

و منها ما رواه الشيخ باسناده ، عن موسى بن القاسم ، عن صفوان ، عن معاوية ابن عمّار قال : «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرّجل يموت ولم يحجّ حجّة الاسلام و يترك مالاً ، قال : عليه أن يحجّ من ماله رجلاً صرورة لامال له » (١) .

و منها ما رواه الشيخ باسناده ، عن عليّ بن الحسن ، عن عمر و بن عثمان ، عن الحسن بن المحبوب ، عن عبّادبن صهيب ، عن أبي عبدالله عليه السلام « في رجل فرط في إخراج زكاته في حياته فلمّا حضرته الوفاة حسب جميع مافرط فيه ممّالزمه من الزّكاة ثمّ أوصى أن يخرج ذلك فيدفع إلى من تجب له ، قال : فقال : جائز ، يخرج ذلك من جميع المال إنّما هو بمنزلة الدّين لو كان عليه ليس للورثة شيء حتّى يؤدّي ما أوصى به من الزّكاة ، قيل له : فان كان أوصى بحجّة الاسلام ؟ قال : جائز يحجّ عنه من جميع المال » (٢) .

و أما الواجب البدني كالصلاة والصوم فظاهر المتن خروجه أيضاً من الأصل و لو لم يوص به ، و يشكل من جهة أنّ الدّليل على خروج الدّين من أصل التركة و شموله لمثل الصلاة و إن أطلق الدّين عليها في لسان الأخبار مشكلٌ و إن وجب على من اشتغل ذمّته بالواجب الوصيّة بقضائه في صورة التقصير بل مع عدم التقصير كمن فات صلاته للغفلة أو النوم و لم يتمكّن من قضائها ، لكن يتمكّن من القضاء بتوسّط النائب بعدموته .

وأمّا غير الواجب فيخرج من الثلث ولامحذور في زيادة المجموع على الثلث لأنّ الواجب يخرج من الأصل أوصى به أو لم يوص به ، و غير الواجب لايزيد على الثلث ولو حصر الجميع في الثلث بدء بالواجب ثمّ بغير الواجب الأوّل فالأوّل و الواجب يبدء به و إن كان متأخّراً في الايصاء به و لعلّ وجهه أهميّة الواجب من جهة أنّ المجموع من جهة الوصيّة ولزوم تنفيذها يجب قضائها و الواجب يكون مقدّماً في مقام التزاحم لمزيّة فيه من جهة وجوبه في نفسه مع قطع النظر عن الوصيّة ، و قد يستدلّ

(١) المصدر ج ١ ص ٥٦٤ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٣٨١ .

عليه بصحيح معاوية بن عمّار قال : « امرأة من أهلي ماتت و أوصت إليّ بثلث مالها و أمرت أن يعتق و يتصدّق ويحجّ عنها فنظرت فيه فلم يبلغ ، فقال : ابدء بالحجّ فانّه فريضة من فرائض الله سبحانه و يجعل ما بقي طائفة في العتق و طائفة في الصدقة [(١)] » فانّه يستفادمن التعليل المذكورتقدّم الواجب ، ولايخفى أنّ مورد الوصيّة عدم الترتيب في الموصى به فلامجال للاستدلال بها في صورة الترتيب ، و لا يخفى الاشكال فيما ذكر لتقديم الواجب ولوكان مؤخّراً في الايصاء حيث إنّ الوصيّة بالأوّل نافذة وكذابالثاني و هكذا حتّى يبلغ الثلث فبعد البلوغ إلى الثلث لامحلّ للوصيّة حتّى يجب تنفيذها و يكون مقدّماً ، نعم لو كان من قبيل الدُّيون يجب قضائه أوصى به أولم يوص و لو أوصى بأشياء تطوّعاً بدء بالأوّل فالأوّل حتّى يبلغ الثلث إن كانت مرتّبة و بعدالبلوغ إلى الثلث تبقى مراعاة فان أمضى الورثة و إلّا بطلت ، و وجه التقديم ما ذكر ، و يدلّ عليه خبر حمران ، عن أبي جعفر عليه‌السلام « في رجل أوصى عند موته و قال : أعتقوافلاناً و فلاناً حتّى ذكر خمسة فنظرت في ثلثه فلم يبلغ أثمان قيمة المماليك الخمسة الّذين أمر بعتقهم ؟ قال : ينظر الّذين سمّاهم و بدء بعتقهم فيقوّمون و ينظر إلى ثلثه فيعتق منه أوّل شيء ذكر ، ثمّ الثاني ، ثمّ الثالث ، ثمّ الرّابع ، ثمّ الخامس ، و إن عجز الثلث كان ذلك في الّذي سمّى أخيراً لأنّه اعتق بعد مبلغ الثلث مالايملك »[(٢)] .

بل لولا النصّ كان الوجه المذكور كافياً ، و يمكن أن يقال : مقتضى القاعدة الفرق بين كون المفعول بهم مع التعدّد واحداً كأن يقول : فلاناً و فلاناً و فلاناً اُعتق و بين كون المفعول بهم كثيراً ، ففي الصورة الاُولى تعلّقت الوصيّة بالمجموع في مرتبة واحدة ، وإن كان الافراد بينها ترتيب لفظيّ بخلاف الصورة الثانية ، ونظير هذامايقال في النحو الحروف المشبّهة بالفعل : « إنّ و أنّ ـ إلخ » فالخبر ليس كلّ واحد من الحروف المذكورة بل الخبر المجموع ، و لعلّ الرّواية المذكورة ناظرة إلى الصورة الثانية لا الاُولى ، و حكي عن الشيخ و الاسكافي ـ قدّس سرّهما ـ تقديم العتق و إن

---

(١) الفقيه ص ٥٣١ .

(٢) الفقيه ص ٥٣١ .

تأخّر للموثّق عن أبي عبد الله عليه السلام « سألته عن رجل حضره الموت فأعتق غلامه و أوصى بوصيّة وكان أكثر من الثلث ؟ قال : يمضي عتق الغلام ويكون النقصان فيما بقي[1] » و اُجيب بظهوره في التنجيز المتقدّم على الوصيّة بلاخلاف و لا إشكال لا الوصية الّتي هي محلّ البحث ، و حكي عن ابن حمزة جعل الوصيّة المتأخّرة المتباعدة زمانها عن الاُولى ناسخة لها للضعيف « إنّ أبي أوصى بثلاث وصايا فبأيّهنّ آخذ ؟ فقال : خذ باُخريهنّ ، قلت : فانّها أقلّ ؟ قال : و إن قلّت »[2] واُجيب بضعف الرّواية ، ولا بأس بحمله على صورة الوصايا المتضادّة ، ويمكن أن يقال : أمّا ماذكر في جواب الشيخ من تقديم المنجّز على الوصيّة بلاخلاف و لا إشكال لم يظهر وجهه ، فان قلنا بخروج التصرّفات المنجّزة في مرض الموت من مثل الهبة والصلح الهبائي و العتق من الثلث فما الفرق بينها و بين الوصيّة إلّا أن يكون في المقام نصّ أو إجماع و النصّ في خصوص العتق ، و لم نعثر عليه في غير العتق من المنجّزات .

و أمّا ما ذكر في الجواب عن ابن حمزة فالاشكال من جهة ضعف الرّواية في محلّه لكن يبقى السؤال عن الفرق بين الوصايا المتضادّة و مقامنا فانّ التضادّ تارة بالصراحة كما لو قال: اُعطوا زيداً ثلث مالي، ثمّ قال : اُعطوا ثلث مالي عمراً ، و تارة بنحو آخر كأن يقول : اُعطو زيداً كذا درهماً ، و عمراً كذا إلى أن تجاوز الثلث . فانّ الوصيّة للأخير إذا تجاوز عن الثلث تضادّ الوصيّة لزيد فالاُولى المراجعة إلى القرائن فقد يستكشف عدم عدول الموصي عن الوصيّة الاُولى و توهّم كفاية ثلث ماله لمن أوصى له و اُخرى يستكشف عدوله كمن توجّه بمقدار ثلث ماله وأنّه لايجوز الوصيّة بأزيد من الثلث و مع ذلك قال : اعطوا فلاناً كذا و فلاناً كذا و هكذا و تجاوز عن الثلث ففي هذه الصورة كيف لا يحكم بالعدول و صرف النظر عن السابقة فمع قطع النظر عن الرّواية يستظهر العدول و إن لم يكن تضادّ بالصراحة، و قد يقال : إنّ موضوع هذه المسئلة الّتي يبدء بالأوّل فالأوّل فيها تعدّد الوصايا مع عدم التضادّ بينها و إن امتنع

---

(١) الكافي ج ٧ ص ١٧ و الفقيه ص ٥٣١ واللفظ له .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٣٨٧.

العمل بها جميعاً لقصور الثلث أو المال بخلاف المسئلة الاُخرى الّتي يقال فيها بأنّ تعدّد الوصايا يكون رجوعاً فانّ موضوعها تضادّ الوصايا بحيث لايمكن جمعها في الخارج في حدود ذواتها لاللقصور، ثمّ بعدكلام يستقرب ما وقع للمحقّق الكركي قدّس سرّه في المقام من أنّ الأصل في الوصيّة أن تكون نافذة فيجب حملها على مايقتضي النفوذ بحسب الامكان و إنّما تكون الثانية نافذة إذاكان متعلّقها الثلث الّذي يجوز للمريض الوصيّة به فيجب حملها عليه كما يجب حمل إطلاق بيع الشريك النصف على استحقاقه حملاً للبيع على معناه الحقيقي و حينئذ فيتحقّق التضادّ في مثل مالو قال : أوصيت بثلث لزيد و بثلث لعمرو ، فيكون الثاني ناسخاً للاُوّل فيقدّم و اولى منه مالو قال ثمّ مالي ، ثمّ فرّع عليه أنّه لوأوصى لزيد بثلث و لعمرو بربع و لخالد بسدس و انتفت القرائن أن تكون الوصيّة الاُخيرة رافعة للاُولى مع اعترافه بأنّه مخالف لما صرّح به الاُصحاب .

ويورد على كلام المحقّق بأنّ الاطلاق في الوصيّة و غيرها من العقود إنّما يقتضي إرادة ما تعلّق به العقد لكن إذا صادف ذلك ما يمكن نفوذه فيه نفذ لوجود المقتضي و ارتفاع المانع و إن لم يصادف ذلك كان عقداً موصوفاً بالصّحة القابلة للنفوذ وعدمه بسبب رفع المانع أو تحقّق الشرط الشرعيّ و عدمهما ففي البيع إذا علّقه على النصف من غير تعرّض لكون المستحقّ له أو المشاع بينه و بين شريكه اقتضى نقل النصف في نفسه و له محلّ ينفذ فيه باعتبار استحقاق العاقد المخاطب بالوفاء بعقده نصفاً فينفذ و ينزل عليه تنزيلاً شرعيّاً لا قصديّاً بمعنى كون العاقد قد قصد ذلك و كذا ما نحن فيه فانّ الموصي إذا أوصى لزيد بثلث لم يقصد إلاّ تمليك الثلث في نفسه إلّا أنّه لمّا كان يمكن تنفيذه باعتبار استحقاق الموصي ثلثاً نفذت الوصيّة به ، فاذا أوصى بعد ذلك بثلث أيضاً لم يصادف ذلك محلاً ينفذ فيه لسبق السبب الاُوّل ، و إنّما صادف محلاً ينفذ فيه مع الاجازة فيتعلّق حينئذ كذلك على حسب ما صادف ولايسمّى مثله باطلاً بل هو صحيح خصوصاً بعد بناء الاُصحاب في المقام من كون الاجازة تنفيذاً لا ابتداء عطيّة فتصرّف الموصي يقع في ماله فلا دلالة في الوصيّة الثانية على الرّجوع عن الاُولى لعدم التضادّ بخلاف ما لو علّقها بما علّق الاُولى فانّه يحصل التضادّ فليس إلّا

النسخ و يكون الثاني كالوارد على الأوّل فينسخه كالدّليل الوارد على الأصل .

ويمكن أن يقال: ما ذكر من أنّ بيع نصف الدّار مثلاً لايقيّد بنصفه المختصّ بل هو باق باطلاقه، و لكن لمّا صادف محلاً قابلاً للنفوذ وقع البيع على نصفه المستحقّ دون نصف الشريك لامن جهة قصده بل بحكم الشرع، لانسلّمه بل بملاحظة أنّ البايع يريد وقوع البيع بنحو يترتّب عليه الأثر بلا توقّع أمر آخر من إجازة الشريك يقع البيع بحسب القصد على نصفه المملوك له من جهة الانصراف فانّ إطلاق كلٍّ من الفعل والمتعلّق قد يقيّد بالآخر ، ولذا يقال : إذا قال : لا تضرب أحداً إنّ إطلاق أحد يقيّد بظهور الضرب في المولم فيتعلّق بمن يتألّم دون غيره فيصحّ ما في كلام المحقّق من أنّ الأصل في الوصيّة أن تكون نافذة فنفوذ الثانية يكون إذا كان متعلّقها الثلث الّذي يصحّ للموصي أن يوصى به فيتحقّق التضادّ خصوصاً إذا كان الموصي قاطعاً بعدم إجازة الورثة للتّالي فيه فيدور الأمر بين كون الوصيّة لغواً محضاً أو يكون ناسخة للاُولى و لقائل أن يقول : إن كان قابليّة المحلّ ملحوظة فيقع العقد أو الوصيّة على المحلّ القابل فبعد الوصيّة الاُولى بالنسبة إلى الثلث المطلق ما المانع في تعلّق الوصيّة الثانية بالثلث المطلق و هو قابل لنفوذ الوصيّة الثانية فيه بنسخ الوصيّة الاُولى كما تقولون في صورة التضادّ ، و كيف يقال : بأنّ التقييد ليس بحسب القصد بل بحكم الشرع ، و الحال أنّ حكم الشرع المقدّس إمضاء لما قصد .

وأمّا صورة الجمع و عدم الترتيب فالمعروف فيها الأخذ بالوصيّة بالنسبة إلى المجموع و التوزيع من جهة النقص ، و يمكن استفادته ممّا رواه الصدوق باسناده عن محمّد بن أبي عمير ، عن معاوية بن عمّار قال : أوصت إليّ امرأة من أهل بيتي بثلث مالها و أمرت أن يعتق عنها و يحجّ و يتصدّق فلم يبلغ ذلك ، فسألت أبا حنيفة فقال : يجعل ذلك أثلاثاً ثلثاً في الحجّ و ثلثاً في العتق و ثلثاً في الصدقة ، فدخلت على أبي عبدالله عليه السلام فقلت له : إنّ امرأة من أهلي ماتت و أوصت إليّ بثلث مالها و أمرت أن يعتق عنها و يحجّ و يتصدّق فنظرت فيه فلم يبلغ؟ فقال: ابدء بالحجّ فانّه فريضة من فرائض الله عزّ و جلّ و اجعل ما بقي طائفة في العتق و طائفة في الصدقة ، فأخبرت أبا حنيفة

بقول أبي عبدالله عليه السلام فرجع عن قوله و قال بقول أبي عبدالله عليه السلام »[1] .

و رواه الكليني عن علي بن إبراهيم ، عن أبيه ، عن ابن أبي عمير مثله .

و عن معاوية بن عمّار ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « في امرأة أوصت بمال في عتق و حجّ و صدقة فلم يبلغ ، قال : ابدء بالحجّ فانّه مفروض فان بقي شيء فاجعل في الصدقة طائفة و في العتق طائفة »[2].

والمستفاد ممّا ذكر تقديم الحجّ معلّلاً بأنّه فريضة فيحتمل أن يكون الحجّ المذكور في الوصيّة حجّة الاسلام بالخصوص لكن يبعّده أنّ السائل لم يذكر الخصوصيّة فكيف يحمل الجواب على الخاصّ ، ويحتمل أن يكون الحجّ أعمّ من حجّة الاسلام و المندوب و وجه التقديم أنّ الحجّ في الأصل فريضة من فرائض الله تعالى ولعلّ هذا أقرب ، و على هذا فالقول بالتوزيع حتّى في صورة كون الحجّ المندوب جزء مصرف الثلث مشكل .

و لو أوصى بعتق مماليكه دخل في ذلك المنفرز و المشترك على ما في المتن فان كان في المقام نصّ فلا إشكال و إلاّ فيشكل من جهة أنّ المملوك المشترك لا ينسب إلى أحد الشريكين بالخصوص بل ينسب إليهما و لا أقلّ من الشكّ في شمول الوصيّة للمملوك المشترك خصوصاً مع نقصان سهم الموصي عن سهم الآخر ، و لعلّ في المقام رواية و هي « عن الرّجل تحضره الوفاة و له مماليك لخاصّة نفسه و مماليك في شركة رجل آخر فيوصي في وصيّة مماليكي أحرار ما حال مماليكه الّذين في الشركة ؟ فقال : يقوّمون عليه إن كان ماله يحتمل ثمّ هم أحرار »[3] ويمكن أن يقال : حمل الرّواية على التعبّد والحكم بشمول كلامه للّذين هم في الشركة ولو لم يكن لكلامه ظهور في الشمول بعيد جدّاً وإن كان النظر إلى الاستظهار من كلامه فمع عدم الاستظهار في العرف كيف

---

(١) الفقيه ص ٥٣٠ و ٥٣١ و فى بعض نسخه « امرأة من اهلى » . كما فى الكافى ج ٧ ص ١٩ . و فى بعض النسخ « بمالها » .

(٢) الفقيه ص ٥٣١ .

(٣) الفقيه ص ٥٣١ .

يحكم بالحرّية ، ويمكن أن يكون نظر السائل إلى الفراغ عن الشمول ولو بالقرينة وكيفيّة حرّيتّهم مع الشركة وقد ضعف الرّواية من جهة السند .

﴿ **الثاني** في المبهمة من أوصى بجزء من ماله ،كان العشر ، وفي رواية السبع ،وفي اُخرى سبع الثلث . ولو أوصى بسهم كان ثمناً ، ولو كان بشيء كان سدساً ، ولو أوصى بوجوه فنسي الوصي وجهاً صرف في البرّ ، و قيل : يرجع ميراثاً . ولو أوصى بسيف و هو في جفن و عليه حلية دخل الجميع في الوصيّة على رواية يجبر ضعفها الشهرة . ولو أوصى بصندوق و فيه مال دخل المال في الوصيّة ، و كذا قيل : لو أوصى بسفينة و فيها طعام استناداً إلى فحوى رواية . و لا يجوز إخراج الولد من الارث ولو أوصى الأب ، و فيه رواية مطرحه ﴾ .

أمّا الوصيّة بجزء فقد ورد أخبار فيها منها ما رواه في الكافي و التهذيب في الحسن أو الصحيح في الأوّل و الصحيح في الثاني عن عبدالرّحمن بن سيابة و هو مجهول،قال: « إنّ امرأة أوصت إليّ و قالت: ثلثي تقضى به ديني و جزء منه لفلانة فسألت عن ذلك ابن أبي ليلى فقال : لاأرى لها شيئاً ماأدري ماالجزء . فسألت عنه أبا عبدالله عليه السلام بعد ذلك و خبّرته كيف قالت المرأة و ما قال ابن أبي ليلى ، قال : كذب ابن ابي ليلى لها عشر الثلث إنّ الله تعالى أمر إبراهيم عليه السلام فقال « اجعل على كلّ جبل منهنّ جزءاً» وكانت الجبال يومئذٍ عشرة والجزء هو العشر من الشيء » [1].

و منها ما رواه المشايخ الثلاثة في الموثّق أو الحسن الّذي لا يقصر عن الصحيح عن معاوية بن عمّار قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل أوصى بجزء من ماله ؟ قال : جزء من عشرة ، قال الله تعالى « ثمّ اجعل على كلّ جبل منهنّ جزءاً »وكانت الجبال عشرة » [2] .

ومنها ما رواه في الكافي والتهذيب في الصحيح أو الحسن ، عن أبان بن تغلب قال:

---

(١) الكافي ج ٧ ص ٣٩ و التهذيب ج ٢ ص ٣٩١ .

(٢) الفقيه ص ٥٢٩ والكافي ج ٧ ص ۴٠ و التهذيب ج ٢ ص ٣٩١ .

« قال أبو جعفر عليه السلام : الجزء واحد من عشرة لأنّ الجبال كانت عشرة »(١).

و في قبالها ما يظهر منه التفسير بالسبع فمنه ما رواه في الصحيح عن البزنطيّ قال : « سألت أبا لحسن عليه السلام عن رجل أوصى بجزء من ماله ؟ فقال : واحد من سبعة إنّ الله تعالى يقول «لها سبعة أبواب لكلّ باب منهم جزء مقسوم » قلت : رجل أوصى بسهم من ماله فقال :السهم واحدمن ثمانية ، ثمّ قرء «إنّما الصدقات للفقراء والمساكين -إلى آخر الآية »(٢) .

و عن إسماعيل بن همّام الكنديّ ، عن الرّضا عليه السلام « في الرّجل أوصى بجزء من ماله و لم يعيّنه فاختلف الوارث بعده في ذلك فقضى عليهم باخراج السبع من ماله و تلا قوله تعالى « لها سبعة أبواب لكلّ باب منهم جزء مقسوم » (٣) إلى غير ما ذكر.

ثمّ إنّه يقع الاشكال في إنّ مثل الجزء والسهم لا إجمال في مفهومهما فمقتضى القاعدة الاكتفاء بما يصدق عليه الكلّي غاية الأمر أنّه لا يكتفى بكلّ ما يصدق عليه الكلّي للانصراف إلى ما يكون قابلاً للتوجّه ، فلعلّ التعيين في كلام المعصوم صلوات الله عليه من جهة أنّ المرتبة المنصرفة إليها لها عرض عريض يقع الخلاف من جهته بين الورثة و الموصي له ، و ربّما يؤيّد هذا ما رواه الصدوق في معاني الأخبار في الصحيح ، عن صفوان . والمفيد في الارشاد قال « قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل أوصى بسهم من ماله و لم يبيّنه فاختلف الورثة في معناه فقضى بينهم باخراج الثمن من ماله و تلا عليهم «إنّما الصدقات للفقراء و المساكين -الآية»(٤) لكن يبعّد هذا أنّ لسان الأخبار لسان الفتوى لا الحكومة مع أنّ الحكومة في الشبهات الحكميّة ترجع إلى الفتوى غاية الأمر

---

(١) الكافي ج ٧ ص ٤٠ و التهذيب ج ٢ ص ٣٩١ .

(٢) النهذيب ج ٢ ص ٣٩١ .

(٣) في النهذيب ج ٢ ص ٣٩١ و الاستبصار ج ٤ ص ١٣٢ نحوه . و في الوسائل كما في المتن ج ٢ ص ٦٧٥ .

(٤) الوسائل ج ٢ ص ٦٧٥ و المعاني ص ٢١٦ . و الارشاد باب قضايا أمير المؤمنين عليه السلام .

يكون المحكوم عليه ملزماً بقبولها ولو كان نظر الحاكم مخالفاً لنظره كما لو كان الاختلاف بين الورثة و غيرهم في منجّزات المريض وقلنا فيها بالتخيير الاُصولي من جهة تعارض الأخبار فاختار الورثة الأخذ بالأخبار الدّالّة على الخروج من الثلث و الآخر أخذ بالأخبار الدّالّة على الخروج من الأصل ، و الحاكم أخذ بإحدى الطائفتين من الأخبار لرفع الخصومة بين الطرفين كما أنّه في الحكومة في الموضوعات لابدّ للمحكوم عليه من قبول الحكم إذا حكم الحاكم بحسب الموازين المقرّرة و إن كان قاطعاً بخلافه إلّا في بعض الموارد كما لو حكم الحاكم بزوجيّة المرأة لرجل وكانت المرأة قاطعة بعدم زوجيّتها له ، و قد يحمل الأخبار على صورة العلم بعدم إرادة الموصي المكلّف مسمّى الجزء لكون الوصيّة سفهيّة كما أنّه لاحدّ معلوم في العرف لاقلّ ما يصدق به في امتثال الوصيّة فكشفه كما كشف أقلّ مسمّى الرّكوع ، و يمكن أن يقال بعد انصراف الجزء إلى ما يكون قابلاً للتوجّه يخرج الوصيّة عن كونها سفهيّة كما لو قال السيّد لعبده: اعط زيداً جزءاً من هذا المال أو سهماً فينصرف الجزء إلى ما يكون قابلاً للتوجّه و كذلك السهم و لايقاس بمثل الرّكوع فانّه جزء عباديّ لابدّ أن يعيّن من قبل الشارع ولو كان الانصراف في الجزء و السهم بحسب القرائن إلى ما زاد عمّا عيّن في الأخبار يشكل الرّدّ إلى ما عيّن من جهة تبديل الوصيّة فلابدّ من قبول ما وصل إلينا من الأخبار مع قطع النظر عن الاشكال الأخير فنقول : لا يبعد في المقام التخيير أعني التخيير الفقهي لا الاُصولي غاية الأمر ظهور الأخبار في التعيين يرفع من جهة النصّ في الاجزاء ، و يشهد لهذا أنّ ظاهر الأخبار أنّ الحكم من جهة قول الله تبارك و تعالى و المفروض ذكر الجزء في الآيتين ، و إن أبيت فلا يبعد التخيير أعني التخيير الاُصولي لا الفقهي و يقع التعارض .

ولو أوصى بسهم كان ثمناً عند الأكثر ويدلّ عليه صحيح البزنطي «سئل أبا الحسن عليه‌السلام عن رجل أوصى بسهم من ماله فقال : السهم واحد من ثمانية ثمّ قرء « إنّما الصدقات »[1] .

(١) معانى الاخبار ص ٢١٦ .

وكذا حسن صفوان و موثق السكوني، عن أبي عبدالله عليه السلام و عن إرشاد المفيد نسبة ذلك إلى قضاء أميرالمؤمنين صلوات الله عليه .

و في قبال ما ذكر خبر طلحة بن زيد ، عن أبي عبدالله عليه السلام ،عن أبيه «من أوصى بسهم من ماله فهو سهم من عشرة »[1] و ما أرسله الصدوق من « أنّ السهم واحد من ستّة »[2] و الظاهر أنّ الصدوقين و الشيخ و ابن زهرة عملوا بالمرسل المذكور . و أمّا خبر طلحة فقدعدّ من الشواذّ ، و أمّا المرسل فمع عمل مثل الصدوقين والشيخ ـ قدّس الله أسرارهم ـ يشكل ترك العمل به فلابدّ من الترجيح أو التخيير .

ولو أوصى بشيء كان سدساً لخبر أبان ، عن عليّ بن الحسين عليهما السلام أنّه « سئل عن رجل أوصى بشيء من ماله فقال: الشيء في كتاب عليّ من ستّة »[3] و الكلام السابق يجيء في المقام فانّه إذا كان شيء بحسب العرف أو القرائن منصرفاً إلى ما يزيد عمّا عيّن في الاخبار يشكل الأخذ بمضمون الأخبار لشبهة تبديل الوصيّة .

ولوأوصى بوجوه فنسي الوصي وجهاً منها فالاكثر أنّه يصرف في وجوه البرّ لخبر محمّد بن ريّان قال : « كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام أسأله عن إنسان أوصى بوصيّة فلم يحفظ الوصيّ إلّا باباً واحداً كيف يصنع بالباقي ؟ فوقّع عليه السلام : الأبواب الباقية اجعلها في البرّ »[4].

و الظاهر أنّ مستند المشهور هذا الخبر لا بعض الوجوه القابل للخدشة مثل ما قيل:إنّ المال خرج عن الوارث بالوصيّة النافذة أوّلاً لأنّه المفروض فعوده إلى ملك الوارث يحتاج إلى دليل وجهالة مصرفه تصيره بمنزلة المال المجهول المستحقّ فيصرف في وجوه البرّ ، و إنّه لورجع إلى الوارث لزم تبديل الوصيّة بخلاف البرّ لأنّه عمل بمقتضاها غايته جهالةالمصرف فيصرف فيمايصرف فيه المال المجهول المالك وإنّالموصي

---

(١) النهذيب ج ٢ ص ٣٩٢ .

(٢) الفقيه ص ٥٢٩ .

(٣) النهذيب ج ٢ ص ١٩٢ .

(٤) الفقيه ص ٥٣٣ .

ربّما أراد بوصيّته القربة مخصوصة ، فاذا فات الخصوص بالنسيان بقي العموم فيكون أقرب إلى مراد الموصي .

ويمكن أن يقال : إن انجبر ضعف سند الرّواية بعمل المشهور بأن كان مستند فتواهم هذا الخبر فلاكلام و إلّافيشكل ، نعم لو كان الموصى له إنساناً مردّداً بين أشخاص غيرمحصورين أمكن القول بالتصدّق كما لو علم المكلّف باشتغال ذمّته لرجل مردّد بين أفراد غير محصورين بناءً على ماسبق من عدم لزوم قبول الموصى له في الوصيّة التمليكيّة فيكون مشمولاً لما دلّ على التصدّق في المال المجهول المالك ولوكان الأفراد محصورين فلايبعد التقسيم بينهم أو القرعة ، و لو كان طرف الشبهة مصرفاً آخر كبناء المسجد أو المدرسة أو القنطرة لعبور المسلمين فلايكون مشمولاً لما ذكر ولا يبعد مع الاشكال في العمل بالرّواية القرعة ، وقديؤيّد الخبر المذكور بأخبار واردة في بعض الوصايا كما ورد في جملة منها « أن من أوصى للكعبة بمال أو غلام أو جارية أو أهدى لها نحو ذلك فانّه يصرف المال ويباع الغلام والجارية ويصرف ثمنها في المنقطعين من الحاجّ » معلّلا بأنّ الكعبة لا تأكل ولاتشرب وما اُهدي لها فهو لزوّارها و من ذلك ما روى المشايخ الثلاثة – نوّر الله تعالى ضرائحهم – ، عن عليّ بن فرقد صاحب السابري ، عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث طويل يتضمّن أنّه « أوصى رجل بتركته إلى عليّ المذكور فأمره أن يحجّ عنه و كان التركة لاتبلغ ذلك فسئل الفقهاء فأفتوه بالصدقة بهافتصدّق بها ثمّ لقى أبا عبدالله عليه السلام فسأله و أخبره بما فعل فقال : إن كان لايبلغ أن يحجّ به من مكّة فليس عليك ضمان وإلّا فأنت ضامن »[1] وقد قرّره عليه السلام على الصدقة مع عدم بلوغ الحجّ به من مكّة ولم يحكم ببطلان الوصيّة و الرّجوع ميراثاً . ومن ذلك مارواه المشايخ الثلاثة – قدّس أسرارهم – عن مثنّى قال : « سألته عن رجل أوصى له بوصيّة فمات قبل أن يقبضها ولم يترك عقباً قال : اطلب لها وارثاً أومولى فادفعها إليه ، قلت فان لم أعلم له وارثاً ؟ قال : اجهد على أن تقدر له على وليّ فان لم تجده و علم الله

(١) الوسائل ج ٢ ص ٦٧٩ .

منك الجهد فلصدّق بها »[1] . و ممّا ذكر ضعف القول بالرّجوع ميراثاً .

ولوأوصى بسيف وهو في جفن فانّه يدخل الجفن والحلية في الوصيّة ويدلّ عليه ما رواه في الكافي و التهذيب ، عن أبي جميلة قال : « كتبت إلى أبا الحسن عليه السلام أسئله عن رجل أوصى لرجل بسيف فقال الورثة : إنّما لك الحديدة و ليس لك الحلية ليس غير الحديدة ، فكتب إليّ السيف له والحلية »[2].

و ما رواه المشايخ الثلاثة ، عن أبي جميلة ، عن الرّضا عليه السلام قال : « سألته عن رجل أوصى لرجل بسيف وكان في جفن و عليه حلية ، فقال له الورثة : إنّمالك النصل وليس لك المال ، قال : فقال : لابل السيف بمافيه له ، قال : فقلت : رجل أوصى لرجل بصندوق وكان فيه مال ؟ فقال الورثة : إنّما لك الصندوق وليس لك المال ؟ قال : فقال أبوالحسن عليه السلام : الصندوق بمافيه له »[3].

و من هذه الرّواية يستفاد حكم الوصيّة بالصندوق و يدلّ عليه أيضاً ما رواه في التهذيب ، عن عليّ بن عقبة ، عن أبيه قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل أوصى لرجل بصندوق وكان في الصندوق مال فقال الورثة : إنّما لك الصندوق وليس لك مافيه؟ فقال : الصندوق بما فيه له »[4].

وعن عقبة بن خالد ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال :« سألته عن رجل قال: هذه السفينة لفلان ولم يسمّ ما فيها وفيها طعام أيعطيها الرّجل ومافيها ؟ قال: هي للّذي أوصى له بها إلّا أن يكون صاحبها متّهماً وليس للورثة شيء »[5] ورواه الصدوق إلّا أنّه قال: « إلّا أن يكون صاحبها استثنى مافيها »[6] .

و من هذه الرّواية ظهر حكم الوصيّة بالصندوق ، ثمّ يقع الشبهة من جهة أنّه

(١) الوسائل ج ٢ ص ٦٧٠ .
(٢) الكافي ج ٧ ص ٤٤ والتهذيب ج ٢ ص ٣٩٢ .
(٣) الكافي ج ٧ ص ٤٤ والتهذيب ج ٢ ص ٣٩٢ والفقيه ص ٥٣٢ .
(٤) الكافي ج ٧ ص ٤٤ والتهذيب ج٢ص ٣٩٢ .
(٥) الكافي ج ٧ ص ٤٤ .
(٦) الفقيه ص ٥٣٢ .

قد يحمل هذه الرّوايات على التعبّد بمعنى أنّه لو أوصى بهذه الأشياء يدخل في الوصيّة ما ذكر بالتبع ولو لم يرد الموصي الوصيّة بها وهذا الحمل بعيد فانّ لازمه أنّه يدخل في الوصيّة ولو صرّح بارادة خصوص السيف والصندوق و السفينة ولا أظنّ أن يلتزم به ويشهد له مافي رواية الصدوق من قوله « إلّا أن يكون ـ الخ » و إن حملت على الاستظهار فمع عدم الاستظهار في مثل الصندوق والسفينة يشكل الأمر وإن كان الظاهر في السيف تبعيّة جفنه ، ويمكن أن يكون ذلك بحسب العرف السابق فمع عدم مساعدة غير العرف السابق يشكل .

ولو أوصى العبد باخراج الولد من الارث لم يصحّ وفاقاً للمشهور لأنّ الوصيّة مخالفة للكتاب والسنّة ولأنّه من الحيف في الوصيّة الّذي ورد فيه : أنّه من الكبائر ولقوله عليه السلام « ما اُبالي أضررت بورثتي أوسرقتهم ذلك المال »[1].

و أمّا الرّواية المشار إليها فهي رواية عليّ بن السري قال : « قلت لأبي الحسن موسى عليه السلام إنّ عليّ بن السري توفّي فأوصى إليّ فقال : رحمه الله ، قلت : وإنّ ابنه جعفراً وقع على اُمّ ولد له فأمرني بأن اُخرجه عن الميراث ، قال : فقال « أخرجه وإن كنت صادقاً فسيصيبه خبل ، قال : فرجعت فقدّمني إلى أبي يوسف القاضي فقال له : أصلحك الله أنا جعفر بن عليّ بن السري و هذا وصيّ أبي فمره فليدفع إليّ ميراثي من أبي ، فقال لي أبو يوسف القاضي : ما تقول ؟ قلت : هذا جعفر بن عليّ السري و أنا وصيّ عليّ بن السري قال: فادفع إليه ماله ، فقلت: أريد أن اُكلّمك فأذن لي فدنوت حيث لا يسمع أحدٌ كلامي فقلت : هذا وقع على اُمّ ولد لأبيه فأمرني أبوه وأوصى إليّ أن اُخرجه من الميراث ، ولا اُورّثه شيئاً فأتيت موسى بن جعفر عليهما السلام بالمدينة فأخبرته وسألته فأمرني أن اُخرجه عن الميراث ولا اُورّثه شيئاً ، فقال : الله إنّ أبا الحسن أمرك ؟ قال : فقلت : نعم فاستحلفني ثلاثاً ثمّ قال لي أنفذ ما أمرك أبو الحسن عليه السلام به فالقول قوله »[2] .

(١) الفقيه ص٥٢١.
(٢) الكافي ج ٧ ص ٦١ و التهذيب ج ٢ ص ٣٩٨ . و الفقيه ص ٥٣٣ .

ويقع الاشكال من جهة قذف الولد وليس في الرّواية نهي الامام عليه السلام عنهوكان للرّاوي السؤال بنحو الفرض مندون رمي شخص خاصّ ، وحكي عن الصدوقين والشيخ العمل بها في موردها فمع العمل بمضمونها يقتصر على موردها الولد الّذي أحدث ذلك الحدث .

﴿ الطرف الثالث في أحكام الوصيّة و فيه مسائل الأولى إذا أوصى بوصيّة ثمّ عقبّها بمضادّة لها عمل بالاخيرة، ولو لم يضادّها عمل بالجميع ﴾.

لا إشكال في نسخ الوصيّة الثانية الأولى مع الالتفات كما لو أوصى لزيد بعين ثمّ أوصى بها لعمرو ، و أمّا مع عدم الالتفات إلى الوصيّة السابقة فظاهر كلماتهم وإن كان النسخ للسابقة لكنّه لا يخلو عن الاشكال كما يلاحظ في سائر الموارد، مثلاً لووعد في الساعة المعيّنة زيارة زيد و غفل عن الوعد و وعد زيارة عمرو في تلك الساعة مع التضادّ بين الزّيادتين فمثل هذا الشخص إذا التفت إلى وعده السابق ربما يرجع عن الوعد اللاّحق و ظاهر أنّ هذا لم ينصرف عن الوعد السابق و هذا كمالو وعد إعطاء عين معيّنة زيداً ثمّ غفل و بنى على إعطائها عمراً ، ثمّ التفت إلى وعده السابق فربما يعتذر من ترك الاعطاء لما سبق من وعده فكيف يقال : انصرف عن الوعد السابق و قد سبق الكلام في أنّه كثيراً ما تكون الوصيّة اللاّحقة مضادّة ولو لم تكن بالصراحة و إن كان ظاهر كلماتهم الأخذ بالأوّل فالأوّل حتّى تبلغ إلى مالا تجوز الوصيّة ، و قد ظهر الحال ممّا ذكر في قوله :

﴿ فان قصر الثلث بدء بالأوّل فالأوّل حتّى يستوفى الثلث .

﴿ الثانية تثبت الوصيّة بالمال بشهادة رجلين و بشهادة أربع نساء ، و بشهادة الواحدة في الرّبع ،وفي ثبوتها بشاهد و يمين تردّد ، أمّا الولاية فلا يثبت إلاّ بشهادة رجلين ﴾ .

أمّا ثبوت الوصيّة بالمال بشهادة رجلين عدلين فالظاهر عدم الخلاف فيه واستدلّ عليه بعموم مادلّ على حجيّتها ، و روى الشيخ عن أحمد بن محمّد ، عن محمّد بن إسماعيل، عن محمّد بن الفضيل ، عن أبي الصباح الكناني ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « سألته عن

قول الله عزّ وجلّ : « يا أيّها الّذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصيّة اثنان ذوا عدل منكم أوآخران من غيركم » قال : هما كافران ، قلت ذوا عدل منكم قال : مسلمان »(١).

و رواه الصدوق باسناده ، عن محمّد بن الفضيل مثله (٢) .

و أمّا الثبوت بشهادة أربع نساء فلا خلاف فيه من غير فرق بين مقام الوصيّة و غيرها في ما يتعلّق بالمال و اختصّ الوصيّة بثبوت الرُّبع بشهادة واحدة منهنّ و يدلّ عليه الأخبار ، منها قول الصادق عليه السلام -على المحكي- في خبر ربعي « في شهادة امرأة حضرت رجلاً يوصي ، ليس معها رجلٌ ، فقال : يجاز ربع ما أوصى بحساب شهادتها » (٣) .

و منها قول أبي جعفر عليهما السلام على المحكي « قضى أمير المؤمنين عليه السلام في وصيّة لم يشهدها إلّا امرأة أن تجوز شهادتها في ربع الوصيّة إذا كانت مسلمة غير مريبة » (٤).

و في قبال ما ذكر خبر عبدالرّحمن « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن امرأة يحضرها الموت و ليس عندها إلّا امرأة تجوز شهادتها ؟ قال : تجوز شهادة النساء في العذرة و المنفوس و قال : تجوز شهادة النساء في الحدود مع الرّجل » (٥) .

و مضمر عبدالله « سألته عن امرأة حضرها الموت و ليس عندها إلّا امرأة أتجوز شهادتها ؟ فقال : لا تجوز شهادتها إلّا في المنفوس و العذرة » (٦) .

و مكاتبة أحمد بن هلال إلى أبي الحسن عليه السلام « امرأة شهدت على وصيّة رجل لم يشهدها غيرها و في الورثة من يصدّقها و منهم من يتّهمها فكتب : لا إلّا أن يكون رجلٌ و امرأتان و ليس بواجب أن تنفذ شهادتها » (٧) .

---

(١) التهذيب ج ٢ ص ٣٨۴ .
(٢) الفقيه ص ۵٢۴ .
(٣) التهذيب ج ٢ ص ٨١ و ص ٣٨۴ و الفقيه ص ۵٢۴ .
(۴) التهذيب ج ٢ ص ٣٨۴ .
(۵) و (۶) التهذيب ج ٢ ص ٨٢ .
(٧) التهذيب ج ٢ ص ٨١ .

لكنّ الأصحاب لم يعملوا بهذه الأخبار فلا حاجة إلى بعض التوجيهات .

وأمّا ثبوت الوصيّة بالمال بشاهد و يمين فقد نسب المنع فيه إلى قطع الأصحاب ولعلّه من جهة عدم الدّليل في المقام وانحصار قبولهما بحسب الأدلّة في الحقوق الماليّة إلّا أن يدّعى القطع بعدم الفرق في دعوى الاستحقاق بين كون وجه الاستحقاق غير الوصيّة أو الوصيّة فلابدّ من ملاحظة دليل الثبوت في غير مقام الوصيّة .

وأمّا ولاية الوصيّ على التصرّفات فلاتثبت إلّا بشهادة رجلين عدلين لعدم الدّليل على ثبوتها بغيرها و عدم الدّليل كاف في عدم الحجّيّة ، و قد يناقش بأنّ الولاية قد تتضمّن المال كما إذا أراد الوصيّ أخذ الأجرة و الأكل بالمعروف و بأنّ الولاية و إن لم تكن مالاً لكنّها متعلّقة به كبيعه وإجارته ولايخفى أنّ مجرّد ماذكر لايكفي في شمول الدّليل .

﴿ الثالثة لو أشهد عبدين له على أنّ حمل المملوكة منه ، ثمّ ورثهما غير الحمل فأعتقا فشهدا للحمل بالبنوّة صحّ وحكم له ، ويكره له تملّكهما . الرّابعة لاتقبل شهادة الوصي فيما هو وصيّ فيه وتقبل للموصي في غير ذلك ﴾ .

أمّا ما ذكر في الثالثة فيدلّ عليه الصحيح « في رجل مات وترك جارية ومملوكين فورثهما أخ له فأعتق العبدين وولدت الجارية غلاماً ، فشهدا بعد العتق أنّ مولاهما كان أشهدهما أنّه كان يقع على الجارية و أنّ الحمل منه قال : يجوز شهادتهما و يردان عبدين كما كانا (١) » .

و الموثّق « عن رجل كان في سفر و معه جارية و له غلامان مملوكان فقال لهما : أنتما حرّان لوجه الله ، واشهدا أنّ ما في بطن جاريتي هذه منّي ، فولدت غلاماً فلمّا قدموا على الورثة أنكروا ذلك واسترقّوهم ثمّ إنّ الغلامين اعتقا بعد ذلك فشهدا بعدما اعتقا أنّ مولاهما الأوّل أشهدهما على أنّ ما في بطن جاريته منه ، قال : قال : تجوز شهادتهما للغلام ولا يسترقّهما الغلام الّذي شهدا له لأنّهما اثبتا نسبه (٢) » .

---

(١) التهذيب ج ٢ ص ٧٧ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٣٩٥ .

ثمّ إنّه لم يظهر كون الخصوصيّات المذكورة في الخبرين من كلام الامام عليه السلام حتّى يقال لها مدخليّة في الحكم المذكور فانّه كثيراً ما يسأل السائل و يذكر في سؤاله خصوصيّات لامدخليّة لها في الحكم وعلى هذا فلا ينافي الخبران قبول شهادة العبدوإن لم يعتق و كذلك قبول شهادة و إن لم يوص إليه السيّد بالشهادة و لعلّ ذكر الفقهاء الخصوصيّات للتبعيّة لمضمون الخبرين و إن كان المذكور في كلمات بعضهم مدخليّة بعض الخصوصيّات ، و أمّا كراهة استرقاقهما فربما يستفاد من التعليل المذكور حيث إنّ المناسب لاحسانهما عدم استرقاق الغلام المشهود له بالانتساب و إن كان ظاهر الكلام الحرمة ولم يظهر مراد القائل بالحرمة هل هوانعتاقهما عليه قهراً أو وجوب اعتاق الغلام إيّاهما بحيث لولم يعتقهما كانا باقيين على الرّقيّة .

وأمّا عدم قبول شهادة الوصي في ماهو وصيّ فيه وهو المشهور بين الأصحاب ومقتضى المكاتبة الصحيحة الصريحة قبولها وهي المكاتبة المرويّة في الفقيه في باب شهادة الوصيّ للميت وعليه بدين وفيها « كتب إليه (يعني الصفّار) : أيجوز للوصيّ أن يشهد لوارث الميّت صغيراً أو كبيراً بحقّ له على الميّت أو على غيره وهو القابض للوارث الصغير و ليس الكبير بقابض ؟ فوقّع عليه السلام : نعم ، و ينبغي للوصي أن يشهد بالحقّ و لا يكتم شهادته »[1] و ظاهر الصدوق العمل بها .

واستشكل في العمل بها من جهة أنّه يرجع إلى كونه مدّعياً باعتبار ثبوت حقّ له فيما شهد به فهو كشهادة المرتهن على المال المرهون أنّه ملك للرّاهن مثلاً وكشهادة الشريك لشريكه ، وغرماء المفلس بمال له ، وأمّا المكاتبة فمع إعراض المعظم ، لايعمل بها . و يمكن أن يقال : لانسلّم كون الوصاية حقّاً للوصيّ ألاترى أنّ عدول المؤمنين يتصدّون اُمور صغار الميّت مع عدم الوصيّ له ولايثبت لهم حقّ بل ولايتهم نظير ولاية الحاكم فالوصيّ مكلّف بانفاذ وصيّة الموصي و القيام بامور صغاره مع قيمومته من قبل الموصي نظير تكليف عدول المؤمنين و عدم العمل بالمكاتبة إن كان بملاحظة هذه الجهة

(١) الفقيه ص ٣٢٣ .

لايضرّ بحجيّتها بل مع قطع النظر عن المكاتبة يكفي عموم ما دلّ على قبول شهادة العدل بل لعلّه تجب الشهادة لا حقاق الحقّ .

﴿ الخامسة إذا أوصى بعتق عبده أو أعتقه عند الوفاة وليس له سواه انعتق ثلثه، ولو أعتق ثلثة عند الوفاة وله مال أعتق الباقي من ثلثه ، ولو أعتق مماليكه عند الوفاة أو أوصى بعتقهم ولا مال سواهم اُعتق ثلثهم بالقرعة ، ولو رتّبهم اُعتق الأوّل فالأوّل حتّى يستوفي الثلث وبطل مازاد ﴾ .

إذا أوصى بعتق عبده و ليس له غيره انعتق ثلثه لعدم نفوذ الوصيّة في الزّائد عن الثلث إلّا مع إمضاء الورثة ، وأمّا صورة الاعتاق عند الوفاة و عدم ماسوى العبد فانعتاق خصوص الثلث مبنيّ على خروج منجزّات المريض من الثلث ، وأمّا على الخروج من الأصل فينعتق الكلّ .

ولو أعتق ثلثه ولهمال اُعتق الباقي من ثلثه للسراية الّتي هو اعنى العتق كان سببها ولو أعتق مماليكه عند الوفاة أو أوصى بعتقهم و لا مال سواهم ففي صورة الوصيّة ينعتق ثلثهم بالقرعة ، وكذلك لو أعتقهم منجزّاً بناء على خروج المنجزّات من الثلث ويخرج الثلث بالقرعة و يدلّ عليه المرسل ، عن النبيّ صلى الله عليه وآله « في ستّة عبيد أعتقهم مولاهم عند موته ولم يكن له غيرهم فجزّأهم أثلاثاً ثمّ أقرع بينهم » (١) .

و الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام في الرّجل يكون له المملوكون فيوصى بعتق ثلثهم ؟ قال : كان عليّاً عليه السلام يسهّم بينهم » (٢) .

والخبر الّذي رواه المشايخ الثلاثة عن موسى بن جعفر عليه السلام قال: «إنّ أبي ترك ستّين مملوكاً وأعتق ثلثهم فأقرعت بينهم و أخرجت عشرين و أعتقتهم» (٣) ولو استلزمت التعديل التجزية في العبد أعتق ذلك الجزء و السعي في الباقي ولولا النصّ كان مقتضى

(١) سنن أبي داود ج٢ص٣٥٣ كتاب العتق .

(٢) الفقيه ص ٣٣٧ .

(٣) الوسائل ج ٢ ص ٦٧٨ .

القاعدة تعلّق الوصيّة بثلث كلّ منهم و كذلك العتق المنجّز بناء على خروج المنجّز من الثلث و ذلك كما لو أوصى بثلث ماله بلا تعيين لكن المتعيّن حصول العتق بالنحو المذكور في الأخبار، ويمكن أن يقال : لا يستفاد من الأخبار المذكورة التعيّن ،غاية الأمر الرخصة في العمل بالنحو المذكور في الأخبار فما الوجه في رفع اليدعن مقتضى القاعدة إلاّ أن يقال : عتق المملوك ظاهر في عتق كلّه فمع حفظ هذا الظهور لابدّ من تعيين الثلث بالقرعة ، و هذا كما لو قال المولى لعبده : أضف أو أطعم ثلث هؤلاء فانّه لابدّ بين تعيين الثلث بالاختيار أو القرعة و إن كان فرق بين المقام والمثال لكن المقصود الاستظهار .

و أمّا صورة الترتيب فالمعروف الابتداء بالأوّل فالأوّل حتّى يبلغ الثلث لما سبق و لخصوص النصّ «في رجل أوصى عند موته أعتق فلاناً و فلاناً و فلاناً و فلاناً و فلاناً فنظرت في ثلثه فلم يبلغ أثمان قيمة المماليك الخمسة الّذين أمر بعتقهم فيقوّمون و ينظرون إلى ثلثه فيعتق أوّل شيء، ثمّ الثاني ، ثمّ الثالث ، ثمّ الرّابع ،ثمّ الخامس فان عجز الثلث كان الّذي سمّى أخيراً لأنّه أعتق بعد مبلغ الثلث مالا يملك فلا يجوز له ذلك »[1] فان كان النظر إلى مقتضى القاعدة فقد سبق الاشكال فيه فانّ الترتيب تارة يكون في الوصيّة بأن يوصى أوّلاً بكذا ثمّ يوصى بغيره و كذا في العتق المنجّز كان يعتق أوّلاً عبداً ، ثمّ عبداً آخر و هكذا و اُخرى بالنحو المذكور في النصّ المذكور بالترتيب اللّفظي مع الواو مع أنّ المعروف أنّ الواو لمطلق الجمع ففي الصورة الأولى لا كلام فيها ، وأمّا في الصورة الثانية فان تمّ النصّ سنداً و قلنا بلزوم الأخذ تعبّداً فلا كلام إيضاً و مع عدم تماميّة السند و لم يعلم استناد المشهور إليه و استبعاد كون الحكم تعبّديّاً من دون استظهار من كلام الموصي يشكل ما ذكر .

﴿ السادسة إذا أوصى بعتق رقبة أجزأ الذكر و الأنثى الصغير و الكبير ولو قال : مؤمنة لزم ، فان لم يجد اُعتق من لا يعرف بنصب . ولو ظنّها مؤمنة فأعتقها ،

---

(۱) التهذيب ج۱ ص۳۹۴ و الكافي ج ۷ ص ۱۹ .

ثمّ بانت بخلافه أجزأت. السابعة إذا أوصى بعتق رقبة بثمن معيّن ، فإن لم يجد توقّع و إن وجد باقل اعتقها و دفع إليها الفاضل ﴾ .

أمّا إجزاء الذكر و الأنثى و الصغير و الكبير فللاطلاق المتّبع عند العقلاء مضافاً إلى خبر الحضرمي « قلت له (أي لأبي عبدالله عليه السلام) : إنّ علقمة بن محمّد أوصاني أن اُعتق عنه رقبة فأعتقت امرأة أفيجزيه أو أعتق عنه من مالي ؟ قال : يجزيه، ثمّ قال : إنّ فاطمة اُمّ ابني أوصت أن اُعتق عنها رقبة فأعتقت عنها إمرأة »[١].

وأمّا صورة التقييد بالإيمان فلابدّ فيها من امتثال ما أوصى به ، وأمّا إجزاء عتق من لا يعرف بنصب مع عدم وجدان المؤمن فلخبر عليّ بن أبي حمزة المنجبر ضعفه بالشهرة قال : « سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل أوصى بثلاثين ديناراً يعتق بها رجل من أصحابنا فلم يوجد بذلك قال : يشترى من النّاس فيعتق »[٢].

و ما رواه ثقه الاسلام في الكافي عن عليّ بن أبي حمزة قال : « سألت عبداً صالحاً عن رجل هلك فأوصى بعتق نسمة مسلمة بثلاثين ديناراً فلم توجد له بالّذي سمّى قال: ماأرى لهم أن يزيدوا على الّذي سمّى ، قلت : فإن لم يجدوا ؟ قال : يشترون من عرض النّاس ما لم يكن ناصباً »[٣] .

و ما رواه المشايخ الثلاثة إلى عليّ بن أبي حمزة قال : سألت أبي الحسن عليه السلام عن رجل أوصى بثلاثين ديناراً يعتق بها رجل من أصحابنا فلم يوجد بذلك قال: يشترى من الناس فيعتق »[٤].

و لا يخفى أنّ خبر عليّ بن أبي حمزة واحداً كان أو أزيد بناء على حجيّته من جهة الانجبار بالشهرة يستفاد منه عدم كونه ناصبيّاً لا عدم المعروفيّة بالنصب كما في المتن فلابدّ من الإحراز إلّا أن يقال : يحرز بالأصل حيث أنّ النصب صفة عارضة و مقتضى الأصل عدمه .

---

(١) و (٢) التهذيب ج ٢ ص ٣٩٤ .

(٣) الكافي ج٧ ص١٨ .

(٤) الوسائل ج ٢ ص٦٧٨ .

وأمّا صورة الظنّ بالايمان مع تبيّن الخلاف فاستدلّ على الإجزاء فيها بقاعدة الإجزاء والصحيح « عن رجل أوصى بنسمة مؤمنة عارفة فلمّا أعتقناه بان أنّها لغير رشدة ، فقال : قد أجزء عنه ، إنّما مثل ذلك مثل رجل اشترى اُضحيّةً على أنّها سمينة فوجدها مهزولة »(١).

و يمكن أن يقال : أمّا قاعدة الاجزاء فلا يخفى أنّها لاتنطبق على ما نحن فيه و أمّا الرّواية فلعلّ المراد من قول القائل « فبان ـ الخ » تبيّن عدم طهارة المولد فلا مجال للاستدلال به على مقامنا .

و أمّا الوصيّة بعتق رقبة بثمن معيّن فمع عدم الوجدان بالثمن المعيّن لابدّ من التوقّع ، و مع الوجدان بأقلّ فالمعروف أنّه يشترى بأقلّ من الثمن الّذي أوصى به و يدفع الباقي إليها ، و استدلّ عليه بموثّق سماعة « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل أوصى أن يعتق عنه نسمة من ثلثه بخمسمائة درهم ، فاشترى الوصيُّ بأقلّ من خمسمائة درهم و فضلت فضلة فما ترى في الفضلة ؟ قال : تدفع إلى النسمة من قبل أن تعتق ، ثمّ تعتق عن الميّت »(٤).

و لا يخفى أنّ تعيين القيمة في كلام الموصي أو الموكّل ليس بمعنى عدم الاجازة في الاشتراء بأقلّ حتّى يقال في المقام بأنّ الرّواية محمولة على صورة التعذُّر ومع عدمه يكون تبديلاً للوصيّة ، نعم إذا كان نظر الموصي لغرض إلى خصوص الثمن المعيّن فلابدّ من الصبر و توقّع ما أوصى به .

﴿ الثامنة تصرُّفات المريض إن كانت مشروطة بالوفاة فهي من الثلث و إن كانت منجّزة و كان فيها محاباة أو عطيّة محضة فقولان : أشبههما أنّها من الثلث ﴾ .

تصرُّف المريض إن كان بنحو الوصيّة فلا إشكال في نفوذه من الثلث و قد سبق الكلام فيه ، و اُلحق بها التدبير والنذر المؤجّل بالموت و ادُّعي الاجماع عليه . و أمّا

(١) الفقيه ص٥٣٨ .

(٢) الكافي ج ٧ ص ١٩ .

التصرّفات المنجّزة ففي حال الصحّة لا إشكال فيها .

وأمّا ماوقع منها في مرض الموت من قبيل الصلح الحبائيّ أو عطيّة محضة أوعتق و نحوها ممّا يوجب نقصان التركة و تضرّر الورثة ففيها الخلاف ، و قد سبق الكلام فيها في كتاب الحجر .

﴿ أمّا الاقرار للاجنبي فان كان متّهماً على الورثة فهو من الثلث و إلّا فهو من الأصل و للوارث من الثلث على التقديرين ، و منهم من سوّى بين القسمين . التاسعة أرش الجراح و دية النفس يتعلّق بهما الدّيون و الوصايا كسائر أموال الميّت ﴾ .

أمّا الاقرار فمقتضى القاعدة فيه نفوذه مطلقاً بالنسبة إلى الأجنبي و الوارث لكن ورد في المقام أخبار لابدّ من الجمع بينها وبين عموم « إقرار العقلاء على أنفسهم جائز » منها صحيحة منصور بن حازم قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل أوصى لبعض ورثته أنّ لهعليه ديناً ؟ فقال : إن كان الميّت مرضيّاً فأعطه الّذي أوصى له»[1].

و منها موثّقة أبي أيوب ، عن أبي عبدالله عليه السلام «في رجل أوصى لبعض ورثته أنّ له عليه ديناً ؟ فقال : إن كان الميّت مرضيّاً فأعطه الّذي أوصى له »[2] .

ومنها صحيحة ابن مسكان ، عن العلاء بيّاع السابريّ قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن امرأة استودعت رجلاً مالاً فلمّا حضرها الموت قالت له : إنّ المال الّذي أودعته إيّاك لفلانة ، و ماتت المرأة وأتى أولياؤها الرّجل فقالوا له : إنّه كان لصاحبتنا مالٌ و لا نراه إلّا عندك فاحلف لنا مالنا قبلك شيء . أيحلف لهم ؟ فقال : إن كانت مأمونة فيحلف لهم و إن كانت متّهمة فلا يحلف ويضع الأمر على ماكان فإنّما لها من مالها ثلثه »[3].

و منها صحيحة إسماعيل بن جابر قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل أقرّ لوارث له -وهو مريض- بدين ، قال : يجوز عليه إذا أقرّ به دون الثلث » .

---

(١) و (٢) التهذيب ج٢ ص٣٧٨ ، و الكافي ج٧ ص ٤١ و ٤٢ .

(٣) الكافي ج ٧ ص٤٢ . و التهذيب ج٢ ص٣٧٨ .

فنقول : قد يجمع بين هذه الصحيحة و بين صحيحة منصور و الموثّقة بتقييدها بصورة التهمة ، و فيه إشكال حيث إنّ صورة التهمة نادرة أو يكون غير غالبة فكيف يحمل المطلق الوارد في مقام البيان بنحو القانون على النادر أو غير الغالبة و إن قيّد صحيحةمنصور والموثّقة بهذه الصحيحة لزم عدمنفوذ الاقرار بالنسبة إلىالوارث فيصورة عدمكونالمقرّ مرضيّاً لا بالنسبةإلىالأصل ولا بالنسبة إلى الثلث ، وهذامناف لماروواهفي الكافي والشيخ فيالتهذيب فيالصحيح عنأبيولّاد قال : «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل مريضأقرّ عندالموتلوارث بدين لهعليه ؟ قال : يجوز له ذلك قلت : فان أوصى لوارثبشيء ؟ قال : جائز» [1]فانعومل في صحيحة إسماعيلبن جابر و صحيحة منصور و الموثّقة معاملة المتعارضين يكون المقيّد لصحيحة أبي ولّاد أحد المتعارضين المأخوذ به و يكون هو المقيّد لصحيحة أبي ولّاد فالمقيّد لها إمّا صحيحة منصور بن حازم و الموثّقة أو صحيحة إسماعيل بن جابر،إلّا أن يقال : القيد المذكور في صحيحة منصور و الموثّقة كون المقرّ مرضيّاً وهذا غير كونه متّهماً ، فلا مانع من أن يقال جمعاً بين الطرفين:إذا كان مرضيّاً بمعنىكونه عدلاً أو ما يقرب منه يعطى المقرّبه و إن زاد عن الثلث و إنكان غير مرضيّ ، و لعلّه الغالب يعطى مالا يزيد عن الثلث بناء على تفسير دون الثلث بهذا فلا يلزم المحذور المذكور على تقدير إرادة غير المتّهم من المرضيّ و لا مانع من تقييد صحيحة أبي ولّاد في صورة عدم كون المقرّ مرضيّاً بالثلث هذا في صورة الاقرار للوارث،وأمّاصورة الاقرار للاجنبيّ فمقتضى صحيحة ابن مسكان المذكورة التفصيل بين المأمونة و المتّهمة فان كانت الموصية مأمونة بمعنى عدم إرادة الاضرار بالورثة فاقرارها نافذ في المقرّبه و إنكانت زائدة عن ثلثها ،وإن كانت متّهمة فالظاهر منآخر الرّواية نفوذه في الثلث حيث إنّه لا يكون باختيارها إلّا ثلث متروكاتها و أمّا تعلّق الدّيون و الوصايا بأرش الجراح و دية النفس فيدلّ عليه ما رواه محمّد بن يعقوب عن أبي عليّ الأشعريّ ،عن محمّد بن عبدالجبّار ، عن صفوان بن يحيى ،عنيحيى

---

(١) الكافي ج ٧ ص ٤٢ . والتهذيب ج ٢ ص ٣٧٨ .

الازرق، عن أبي الحسن عليه السلام في رجل قتل و عليه دين و لم يترك مالاً، فأخذ أهله الدّية من قاتله عليهم أن يقضوا دينه؟ قال: نعم، قلت: وهو لم يترك شيئاً؟ قال: إنّما أخذوا الدّية فعليهم أن يقضوا دينه»[1].

و ما رواه الشيخ باسناده، عن الصفّار، عن يعقوب بن يزيد، عن غياث بن كلوب، عن إسحاق بن عمّار، عن جعفر عليه السلام «أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله قال: إذا قبلت دية العمد فصارت مالاً فهي ميراث كسائر الأموال»[2] و المستفاد من الرّواية أنّ من يأخذ الدّية عليه أن يقضي الدّين وحيث إنّ الدّين مقدّم على الارث يكون القضاء مقدّماً، و المستفاد من الثانية أنّ الدّية كسائر الأموال المتروكة فيكون الدّين و الوصيّة مقدّمين على الإرث من غير فرق بين دية الجراح أو القتل.

كتاب النكاح

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله ربّ العالمين، الصلاة و السلام على محمّد وآله الطاهرين

﴿ كتاب النكاح وأقسامه ثلاثة الأوّل في الدّائم وهو يستدعي فصولاً: الأوّل في صيغة العقد و أحكامه و آدابه. أمّا الصيغة فالايجاب و القبول و يشترط النطق بأحد ألفاظ ثلاثة «زوّجتك» و «أنكحتك» و «متّعتك». و القبول وهو الرّضا بالايجاب وهل يشترط وقوع تلك الألفاظ بلفظ الماضي؟ الأحوط نعم، لأنّه صريح في الانشاء. ولو أتى بلفظ الأمر كقوله للوليّ زوّجنيها، فقال: زوّجتك، قيل: يصحّ كما في قصّة سهل الساعديّ، ولو أتى بلفظ المستقبل كقوله أتزوّجك، قيل: يجوز كما في خبر أبان عن الصادق عليه السلام في المتعة أتزوّجك، فاذا قالت: نعم فهي امرأتك، ولو قال: زوّجت بنتك من فلان، فقال: نعم، فقال الزّوج، قبلت، صحّ لأنّه يتضمّن السؤال. ولا

(١) الكافي ج ٧ ص ٢٥.　(٢) التهذيب ج ٢ ص ٤٣٩.

يشترط تقديم الايجاب و لا تجزي الترجمة مع القدرة على النطق ، و تجزي مع العذر كالأعجم و كذا الاشارة للأخرس ﴾ .

النكاح الدّائم حاله حال سائر المعاملات المتعارفة بين الناس ففي مقام الانشاء ماتعارف الانشاء به و لم يردع الشارع عنه يحكم بالصحّة شرعاً ، و على هذا فالقيود المحتملة اعتبارها في مقام الانشاء إن كانت معتبرة عند العرف فلا بدّ من اعتبارها شرعاً فلابدّ من ملاحظة العرف ومايتعارف بينهم ، و لعلّهم لايكتفون في النكاح الدّائم بغير أنكحت و زوّجت في عرف العرب . و أمّا لفظ متّعت فيشكل الاكتفاء به مع أنّ المتعة موضوعة لماهو غير متعارف بين النّاس وإنّما تشريعها من قبل الشارع ، و ربما يستدلّ على الصحّة بلفظ متّعت بماورد في الأخبار من أنّه إذا أخلّ بذكر الأجل ينقلب دائماً ويشكل بأنّه لم يظهر في خبر أبان كون الانشاء بلفظ متّعت ولعلّه كان بلفظ أنكحت أو زوّجت ومقتضى الاحتياط عدم الاكتفاء بلفظ الأمر وبقبول نعم ، وتقديم الايجاب على القبول والقبول بلفظ قبلت لابلفظ رضيت للزوم الاحتياط في أمر الفروج والقصّة المشار إليها ما روي بطرق من الخاصّة و العامّة في الصحيح و هو أنّ «امرأة أتت النبيّ صلى الله عليه وآله فقالت : يارسول الله إنّي وهبت لك نفسي وقامت قياماً طويلاً فقام رجل فقال : يارسول الله زوّجنيها إن لم يكن لك بها حاجة فقال رسول الله صلى الله عليه وآله : هل عندك من شيء تصدّقها إيّاه ، فقال : ماعندي إلّا إزاري هذا ، فقال : إن أعطيتها إزارك جلست بلا إزار التمس ولو خاتماً من حديد فلم يجد شيئاً فقال رسول الله صلى الله عليه وآله : هل معك من القرآن شيء قال : نعم سورة كذا و سورة كذا سور سمّاها فقال صلى الله عليه وآله : زوّجتك بما معك من القرآن » (۱) .

فلايخفى أنّ مثل زوّجني عند العرف لايعدّ قبولاً بل هو طلب للعقد ، والرّواية حكاية ماوقع في الجملة ولم يظهر كونها حكاية لجميع الخصوصيّات ، و أمّا خبر أبان فالاشكال فيه من جهة الانقلاب وسيجيء الكلام فيه إن شاءالله .

(۱) سنن أبي داود ج ۱ ص ۴۸۶ و نحوه في الكافي ج ۵ ص ۳۸۰ والتهذيب ج۲ ص ۲۱۴ .

و أمّا ما ذكر من الاقتصار على اللّفظ الصريح دون غيره فلم يعلم وجهه حيث إنّ العقلاء لايفرقون بين الاخبار والانشاء وكما لايعتبر في الاخبار الصراحة كذلك في الانشاء هذا غاية مايمكن تقريبه للاقتصار بالألفاظ المخصوصة هذا وللنظر في ما ذكر مجال حيث إنّه مع وجود الاطلاق ماوجه التقييد بكون الانشاء بالنحو المتعارف و كذلك التقييد بصراحة اللّفظ كما في كلامهم ، وأمّا العربيّة في الصيغة فلولاشبهة الاجماع على اعتبارها لأمكن القول بعدم اعتبارها مع أنّ المعروف أنّ لكلّ قوم نكاحاً مع أنّ غير العرب كانوينشأون نكاحهم بلغاتهم المختلفة ، و بناء الشرع على إمضاء نكاحهم إلّا ما لايجوز شرعاً ، والمتسالم عليه عندهم جواز الانشاء بغير اللّغة العربيّة مع العجز ولزوم النكاح و لم يظهر وجه الجواز مع لزوم العربيّة إلّا أن يقوم الإجماع على الصحّة كما ادّعي الإجماع على كفاية إشارة الأخرس .

﴿ وأمّا الحكم فمسائل : الأولى لاحكم لعبارة الصبيّ ولاالمجنون ولاالسكران و في رواية إذا زوّجت السكرى نفسها ثمّ أفاقت فرضيت به أو دخل بها و أقرّته كان ماضياً ﴾ .

أمّا الصبيّ فالمعروف عدم الاعتبار بعبارته لنفسه ولغيره فان تمّ الاجماع وإلّافيشكل لأنّ غاية ما يستفاد من الأدلّة عدم جواز أمره بالاستقلال ، وأمّا مع إجازة الوليّ فلا مانع بل بحسب بعض الأخبار يجوز وصيّته بالاستقلال . وقد مرّ الكلام فيه في كتاب البيع . وأمّا المجنون فلاإشكال في أنّه لاحكم لعبارته. وأمّا السكران فان كان مثل المجنون فالظاهر أنّ حاله حال المجنون ، وإن لم يبلغ تلك المرتبة فيشكل الحكم بعدم صحّة عبارته ، وفي رواية محمّد بن إسماعيل بن بزيع في الصحيح قال : « سألت أباالحسن عليه السلام عن امرأة ابتليت بشرب النبيذ فسكرت فزوّجت نفسها رجلاً في سكرها ، ثمّ أفاقت فأنكرت ذلك ، ثمّ ظنّت أنّه يلزمها ففزعت منه فأقامت مع الرّجل على ذلك التزويج أحلال هولها أم التزويج فاسد ؟ لمكان السكر و لا سبيل للزّوج عليها ؟ قال : إذا

اقامت معه بعد ما افاقت فهو رضى منها ، قلت : و يجوز ذلك التزويج عليها ؟ قال : نعم » [۱] .

و عن الشيخ في النهاية : و من طبعه العمل بها وحكي ، عن الصدوق بلمال إليه غير واحد من متأخّري المتأخّرين ولا مانع من العمل بالرّواية مع عدم بلوغ السكر إلي حدّ الجنون فانّ المجنون لاينسب إليه التزويج غاية الأمر أنّ حالة السكر حالة لايميّز الصلاح و الفساد معها فمن هذه الجهة لايحكم بمضيّ أمره فبعد صحوه وإمضائه يحكم بمضيّ أمره فلايرد أنّه إن صحّ لا يحتاج إلى الامضاء و مع عدم الصحّة كيف يصحح بالامضاء ، لكن الامضاء تارة يكون باختياره واُخرى منجهة زعم أنّه ملزم به وبحسب القاعدة يشكل الحكم بالصحّة في هذه الصورة ولعلّ الرّواية لاتشمل هذه الصورة ولاأقلّ من الاجمال فتأمّل .

﴿ الثانية لايشترط حضور شاهدين ولاوليّ إذا كانت الزّوجة بالغة رشيدة على الأصحّ ﴾ .

أمّا عدم اشتراط حضور شاهدين فلا إشكال فيه و يكفي الاطلاقات مضافاً إلى ما رواه الشيخ ، عن عدّة من أصحابنا ، عن سهل بن زياد ، عن داود النهديّ ، عن ابن- أبي نجران ، عن محمّد بن الفضيل قال : قال أبوالحسن موسى عليه السلام لأبي يوسف القاضي: « إنّ الله أمر في كتابه بالطلاق و أكّد فيه بشاهدين ولم يرض بهما إلّا عدلين و أمر في كتابه بالتزويج فأهمله بلا شهود ، فأثبتّم شاهدين في ما أهمل و أبطلتم الشاهدين في ما أكّد » [۲] .

و إلى ما رواه الصدوق باسناده ، عن حنان بن سدير ، عن مسلم بن بشير ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : « سألته عن رجل تزوّج امرأة ولم يشهد فقال : أمّا في ما بينه و بين الله فليس عليه شيء ، و لكن إن أخذه سلطان جائر عاقبه » [۳] .

(۱) الوسائل ج ۳ ص۳۷ أبواب عقدالنكاح واولياء العقد ب۱۴ح۱ .

(۲) الكافي ج۵ ص ۳۸۷ .

(۳) الفقيهص۴۱۲ .

و أمّا اشتراط حضور الوليّ فسيجيء الكلام فيه إن شاء الله تعالى .

﴿ الثالثة لو ادّعى زوجيّة امرأة وادّعت اُختها زوجيّته فالحكم لبيّنة الرّجل إلّا أن يكون مع المرأة ترجيح من دخول أو تقديم تاريخ ، ولو عقد على امرأة و ادّعى آخر زوجيّتها لم يلتفت إلى دعواه إلّا مع البيّنة ﴾ .

مقتضى القاعدة في الفرض الأوّل الحكم لبيّنة كلٍّ منهما فان الرّجل المدّعي لزوجيّة امرأة مدّع لزوجيّتها وقوله مخالف للأصل فعليه البيّنة والمرأة منكرة فعليها اليمين مع عدم البيّنة وكذلك اُخت المرأة مدّعية والرّجل منكر فعليها البيّنة و على الرّجل مع عدم البيّنة الحلف ، لكن في المقام خبرٌ مخالف لما ذكروهو خبر الزّهريّ ، عن عليّ بن الحسين عليهما السلام « في رجل ادّعى على امرأة أنّه تزوّجها بوليٍّ وشهود وأنكرت المرأة ذلك و أقامت اُخت هذه المرأة على هذا الرجل البيّنة أنّه تزوّجها بوليٍّ و شهود ولم يوقّتا وقتاً ، فكتب انّ البيّنة بيّنة الرّجل ولا تقبل بيّنة المرأة لأنّ الزوج قد استحقّ بُضع هذه المرأة وتريد اُختها فساد هذا النكاح فلا تصدّق ولا تقبل بيّنتها إلّا بوقت قبل وقتها أو بدخولها »[1].

والمناقشة فيه بضعف السند يدفعها عمل الأصحاب به من غير خلاف يعرف ، ويمكن أن يقال : تارة قرائن الأحوال تشهد بمضمون الرّواية أعني إرادة الاُخت فساد نكاح الرّجل بالنسبة إلى اُخت المدّعية فلا إشكال و أمّا لو لم تشهد القرائن فيشكل العمل بمضمون الخبر لأنّ الحكم في الخبر معلّل و الحمل على التعبّد بأن يقال : كلّما ادّعت اُخت المرأة الزّوجية تكون دعويها غير مسموعة للتعبّد بكون دعويها لارادة فساد نكاح اُختها إلّا في صورة سبق تاريخ العقد أو الدّخول بها بعيد جدّاً مضافاً إلى بعد تعليل الحكم بأمر تعبّدي ، وقد يقال في مقام التوجيه إنّ الاُخت إمّا أن تعتقد في نفسها أنّ الرّجل عقد عليها أولا تعتقد سواء اعتقدت العدم أو تردّدت و على الثاني و الثالث فالدّعوى كاذبة كاشفة عن العناد ، وعلى الأوّل فهي لا تعلم صحّة العقد الواقع

(١) الوسائل ج ٣ ص ٣٨ أبواب عقد النكاح ب ٢٢ ح ١ .

عليها إلّا بمجرد عدم الاطلاع على فساد، و مع إنكار الرّجل لزوجيّتها يمكنها الجمع بين معتقدها و بين إنكار الرّجل بالحمل على سبق نكاح اُختها فلا وجه غالباً لتكذيب الرّجل مع عدم علمها بكذبها إلّا إرادة الفساد ، نعم لوكان بيّنة الاُخت مؤرخة لعقدها بزمان أسبق من زمان العقد على اُختها توجّه الحكم بتقديم بيّنتها وكذا لو ثبت الدّخول ويمكن أن يقال : لانسلّم غلبة عدم العلم وكون منشأ اعتقاد الاُخت صحّة عقدها عدم الاطلاع على فساده كما لايخفى وعلى فرض الغلبة لاوجه لا عتبارها إلّا التعبّد ، و لازم ما ذكر عدم سماع البيّنة على ملكيّة شيء لمن أقامها لأنّ شهادتهما مبنيّة على عدم إطّلاعها بما يوجب ملكيّة الطرف والصور المتصورة في إقامة البيّنتين اثنا عشرة لأنّهما إمّا أن تكونا مطلقتين أو مؤرّختين أو إحديهما مطلقة والاُخرى مؤرّخة ، وعلى تقدير كونهما مؤرّختين إمّا أن يتّفق التاريخان أو يتقدّم تاريخ بيّنة الرجل أو تاريخ بيّنة المرأة وعلى التقادير الستّة إمّا أن يكون قد دخل بالمدّعية أولا ، قد يقال بتقديم قولها في سبع منها وهي الستّ المجامعة للدّخول مطلقاً باعتبار ظهوره في الزّوجيّة وإن كان قد يمنع ظهوره في ذلك إلّا أن يفرض اقترانه بما يفيد ذلك وواحدة من الستّ الخالية عنه وهي ما لو تقدّم تاريخها و يقدّم قوله في الخمس الباقية كما ظهر لك أنّ الصور في غير الحال المفروض ستّ هي عدم إقامة أحد منهما البيّنة أو إقامة الرّجل دونها أو بالعكس ، والثلاثة مع الدّخول وعدمه وقد عرفت الحكم فيها جميعاً فتكون الصور ثمان عشرة ، ويمكن أن يقال : أمّا ما ذكر من تقديم قولها في الصور السبع من جهة الدّخول فإن كان التقديم لامن جهة الخبر المذكور فمنع ظهور الدّخول في الزّوجيّة في محلّه لأنّ أصالة الصحّة في فعل المسلم لا يثبت الزّوجيّة و إن كان من جهة النصّ فلاوجه لمنع الترجيح و لا حاجة للاستظهار ، وفرض اقترانه بما يوجب الظهور بل الترجيح تعبّديّ لكنّه يقع الاشكال من جهة أنّ المرجّح للبيّنة أمران سبق التاريخ و الدّخول فمع سبق تاريخ بيّنة الرّجل كيف يقدّم بيّنة المرأة إلّا أن يقال : مرجّحيّة سبق التاريخ من جهة التعبّد وهي مخصوصة ببيّنة المرأة دون الرّجل وهو بعيد ولولا الخبر لأمكن أن يقال في صورة سبق تاريخ البيّنة بمعنى تاريخ العقد الّذي قامت البيّنة عليه يحتاج إثبات

الزّوجيّة إلى حال الدّعوى إلى استصحاب بقاء الزّوجيّة السابقة وعدم قطعها بالطلاق أو الفسخ أو الانفساخ و مع قيام البيّنة على الزّوجيّة الفعليّة بالنسبة إلى الاُخت لا مجال للاستصحاب لتقدّم الأمارة على الأصل نعم سبق التاريخ موجب للتقدّم لوقطعنا بأنّه مع وقوع العقد سابقاً انقطع الزّوجيّة بمثل الطلاق و الفسخ . ثمّ إنّ في المقام إشكالاً آخر وهو أنّه إن استظهر من الرّواية عدم سماع دعوى اُخت الزّوجة في غير صورة الدّخول و سبق تاريخ بيّنتها فلا إشكال وأمّا إن كان دعواها مسموعة فلابدّ من الفصل و فصلها ببيّنتها لا يتحقّق لدلالة الخبر على عدم الاعتبار ببيّنتها فلابدّ من الفصل بيمين الرّجل لأنّه المنكر فلوردّ اليمين وحلفت المرأة يحكم بزوجيّتها وكيف تجتمع زوجيّتها مع زوجيّة أختها إن أقام الرّجل البنّية على زوجيّة اُختها ، و أمّا لو عقد على امرأة وادّعى الآخر زوجيّتها لم يلتفت إلى دعواه إلّا مع البيّنة ،والدّليل عليه خبر يونس قال : « سألته عن رجل تزوّج امرأة في بلد من البلدان فسألها ألك زوجٌ ؟ فقالت : لا ، فتزوّجها ، ثمّ إنّ رجلاً أتاه فقال : هي امرأتي فأنكرت المرأة ذلك مايلزم الزّوج ؟ قال : هي امرأته إلّا أن يقيم البيّنة » [1] و نحوه مكاتبة الحسين ابن سعيد و في خبر عبد العزيز بن المهتدي « سألت الرّضا عليه السلام قلت له : إنّ أخي مات فتزوّجت امرأته فجاء عمّي فادّعى أنّه كان زوجها فسألتها عن ذلك ، فأنكرت أشدّ الانكار و قالت ما كان بيني و بينه شيء قطّ ، فقال : يلزمك إقرارها و يلزمه إنكارها » [2] ويظهر من مضمر سماعة تصديق الرّجل المدّعي إن كان ثقة قال : « سألته عن رجل تزوّج امرأة أو تمتّع بها فحدّثه رجل ثقة أو غير ثقة فقال إن هذه امرأتي وليست لي بيّنة ؟ فقال : إن كان ثقة فلا يقربها و إن كان غير ثقة فلايقبل منه » [3] وقد يقال : إنّه محمول على الاستحباب للاحتياط إذ لم نجد عاملاً به ولايخفى أنّ الاحتياط لايتحقّق بمجرّد عدم القرب بل لابدّ من الطلاق أوهبة المدّة و لاتعرّض في الرّواية لشيء منهما ، و لولا الاشكال من جهة السند لم يبعد الأخذ بمضمونه من جهة اعتبار

---

(١)و(٢)و(٣) الوسائل ج ٣ ص ٣٨ كتاب النكاح أبواب عقد النكاح ب ٢٢ و٢٣.

قول الثقة كماورد الأخبار في كثير من الموارد باعتباره في الموضوعات ، ثمّ إنّ ظاهر كلماتهم أنّه مع عدم البيّنة للمدّعي كانت دعواه باطلة لا يتوجّه لها عليها يمين و إن كانت منكره ، ويمكن أن يقال : فرق بين ترتيب الأثر في غير مقام فصل الخصومة و بين مقام فصل الخصومة ألا ترى أنّ اليد حجّة و أمارة للملكيّة و يترتّب عليها جواز البيع و الاشتراء ، لكنّه لا يفصل بها الخصومة في مقام الدّعوى ففي المقام لا يترتّب على دعوى الزّوجيّة أثر ويعامل الرّجل الزّوج مع المرأة معاملة الزّوجيّة مالم يقم الآخر البيّنة ولا ينافي هذا سماع الدّعوى من الآخر ، فالزّوجة إمّا تقرّ بالزّوجيّة له أوتنكر ، ومع الانكار يتوجّه عليها اليمين أو يردّ فيحلف الآخر ، غاية الأمر لا يوجب إقرارها خروجها عن زوجيّة الزّوج الفعلي لكون الإقرار في حقّ الغير و الظاهر أنّه إذا طلّقها الزّوج أومات تكون محكومة بزوجيّة الآخر ، وكذلك لوردّت اليمين و حلف الآخر . وقد يقال : إنّ من لوازم الإقرار وما في حكمه ثبوت مهر المثل على الزّوجة للمدّعي لحيلولتها بينه و بين البضع بالعقد الثاني كما لو باع شيئاً على أنّه له ثمّ أقرّ به لزيد فإنّه يغرم للمقرّ له عوضه مثلاً أو قيمة و يشكل من جهة أنّه لا دليل على زمان البضع بقول مطلق كيف ولازمه أنّه لو حبس زوجة حرّة لأحد كان الحابس ضامناً ولا أظنّ أن يلتزم به ، وما ذكر من أنّه لو أقرّ لزيد بعد البيع يغرم فتارة لم يقرّ للمشتري بالملكيّة له وإنّما وقع البيع واُخرى أقرّ للمشتري بالملكيّة له ففي الصورة الاولى لم يبعد الغرامة حيث إنّه لا ينفذ إقراره في حقّ المشتري و في الثانية و إن اشتهر في أمثاله ما ذكر من أنّه يعطي المقرّ به المقرّ له أولاً ويعطي المثل أو القيمة المقرّ له ثانياً لكنّه مشكل للقطع بكذب أحد الاقرارين فكيف يكون كلّ منهما نافذاً و تنزيل المقام بالحكم بطهارة واجدي المنيّ في الثوب المشترك كما في كلمات بعض الاعلام غير مسلّم حيث إنّ الحاكم يريد أن يحكم بلزوم الغرامة مع القطع بكذب أحد الاقرارين ، وللتكلّم فيه مقام آخر .

﴿ الرابعة لو كان لرجل عدّة بنات فزوّج واحدة ولم يسمّها ، ثمّ اختلفا في المعقود عليها فالقول قول الأب و عليه أن يسلّم إليه التي قصدها في العقد إن كان الزّوج

رآهنّ وإن لم يكن رآهنّ فالعقد باطل ﴾ .

والأصل في ماذكر صحيح أبي عبيدة عن الباقر عليه السلام « سألته عن رجل كانت له ثلاث بنات أبكار فزوّج إحديهنّ رجلاً و لم يسمّ الّتي زوّج للزّوج ولا للشهود ، وقد كان الزّوج فرض لها صداقها فلمّا بلغ أن يدخل بها على الرّجل بلغ الرّجل أنّها الكبرى من الثلاثة فقال الزّوج لأبيها : إنّما تزوّجت منك الصغرى من بناتك قال : فقال أبوجعفر عليه السلام : إن كان الزّوج رآهنّ كلّهنّ ولم يسمّ له واحدة منهنّ فالقول في ذلك قول الأب وعلى الأب فيما بينه وبين الله أن يدفع إلى الزوج الجارية الّتي كان نوى أن يزوّجها إيّاه عند عقدة النكاح ، وإن كان الزّوج لم يرهنّ كلّهنّ ولم يسمّ لواحدة [منهنّ] عند عقدة النكاح فالنكاح باطل» (١) وعن الشيخ وأتباعه العمل بهذه الرّواية، واستشكل بأنّ الخبر يدلّ على أن الرؤية كافية في الصحّة والرجوع إلى قول الأب و إن خالف ما نواه الزّوج وعدمها كاف في البطلان وإن توافقا مع أنّ الرؤية لا مدخل لها في صحّة العقد وعدمها و لا تفيد التعيين ولا عدمها ينافيه ولا تفيد تفويض الأمر إلى الأب لأنّ التفويض إلى الأب إن كفى مع تولية القبول من غير أن يقصد معيّنة فلا فرق بين الرؤية وعدمها فيلزم الصحّة على التقديرين ، وإن لم يكف بطل على التقديرين ولا دلالة في الرّؤية ولا عدمها على شيء من الأمرين .

ويمكن أن يقال : مع مخالفة ما نوى الأب مع ما نوى الزّوج لا عقد للزوم ورود القبول على ما ورد عليه الايجاب في صدق العقد ولا حاجة مع توافق الايجاب والقبول إلى تفويض الأمر إلى الأب ولم يظهر من الرّواية فرض التفويض ، نعم يتوجّه الاشكال لأنّا لا نفهم وجه مدخليّة الرؤية في الصحّة وعدمها في البطلان ومن الممكن أن يكون الحكم بالبطلان في المقام نظير الحكم بالبطلان إذا تداعيا في العقد الواقع وتحالفا مع عدم البيّنة فيحكم بالبطلان مع القطع بوقوع العقد الصحيح في البين .

﴿ وأما الآداب فقسمان الأوّل آداب العقد ويستحبّ له أن يتخيّر من النساء البكر العفيفة الكريمة الأصل ، وأن يقصد السنّة لا الجمال والمال وربما حرمهما ، و

(١) الكافي ج ٥ ص ٤١٢ .

يصلي ركعتين ويسأل الله تعالى أن يرزقه من النساء أعفهن وأحفظهن وأوسعهن رزقاً و أعظمهن بركة ، ويستحب الاشهاد والاعلان والخطبة أمام العقد ، وإيقاعه ليلاً ، ويكره والقمر في العقرب ، وأن يتزوج العقيم ».

أمّا استحباب تخيير البكر فلما رواه محمد بن يعقوب عن عدة من أصحابنا ، عن سهل بن زياد بوسائط ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله :«تزوجوا الأبكار فانهن أطيب شيء أفواهاً قال : ففي حديث آخر وأنشفه أرحاماً و أدر شيء أخلافاً و أفتح شيء أرحاماً ، أما علمتم أنّي اُباهي بكم الاُمم يوم القيامة حتّى بالسقط يظل محبنطئاً [1] على باب الجنّة فيقول الله عزوجل : اُدخل ، فيقول : لاأدخل حتّى يدخل أبواي قبلي ، فيقول الله تبارك و تعالى لملك من الملائكة ايتني بأبويه فيأمر بهما إلى الجنّة ، فيقول : هذا بفضل رحمتي لك » [2].

وأمّا استحباب اختيار العفيفة فلما رواه في الكافي عن أبي حمزة قال : سمعت جابر ابن عبدالله يقول: «كنّا عند النبيّ صلى الله عليه وآله فقال : إنّ خير نسائكم الولود الودود العفيفة، العزيزة في أهلها ،الذليلة مع بعلها ،المتبرجة مع زوجها،الحصان على غيره ، الّتي تسمع قوله وتطيع أمره ، إذا خلى بها بذلت له مايريد منها ، ولم تبذل كتبذّل الرّجل. ثمّ قال: ألا اُخبركم بشرار نسائكم الذّليلة في أهلها ، العزيزة مع بعلها،العقيم الحقود الّتي لاتورّع عن قبيح ،المتبرّجة إذا غاب عنها بعلها ، الحصان معه إذا حضر ، لاتسمع قوله ولا تطيع أمره ، وإذا خلا بها بعلها تمنّعت منه كما تمنّع الصعبة عن ركوبها ،لاتقبل لها عذراً ولا تغفر له ذنباً [3] ».

و أمّا استحباب اختيار الكريمة الأصل المفسّرة بأن لاتكون من زنا أو حيض أو شبهة أو ممّن تنال أحداً من آبائها و اُمّهاتها الألسن فللخبر عن سيّد البشر صلى الله عليه وآله

---

(١) بالحاء المهملة والطاء وتقديم الباء على النون بالهمز وغيرها ـ المتغضب الممتلىء غيظاً ، المستبطىء للشيء ، وقيل هو الممتنع امتناع طلبة لا امتناع اباء.

(٢) المصدر ج ٥ ص ٣٣٤ .

(٣) المصدر ج ٥ ص ٣٢٤ و ٣٢٥ .

«إيّاكم وخضراء الدّمن قيل : يارسول الله صلى الله عليه وآله ، و ماخضراء الدّمن؟ قال: المرأة الحسناء في منبت السوء » (١) وقيل : المراد من كريم الأصل من لم يكن مسّ آباءها رقّ ،وقيل بأن يكون أبواها صالحين .

و أمّا استحباب أن يقصد السنّة لا الجمال و لا المال فلقول الصادق عليه السلام على المحكيّ :« من تزوّج امرأة يريد مالها ألجأه إلى ذلك المال(٢)» .

وقال أيضاً على المحكيّ : « إذا تزوّج الرجل المرأة لجمالها أومالها و كل إلى ذلك وإذا تزوّجها لدينها رزقه الله الجمال والمال» (٣) .

و عن أبي جعفر عليه السلام عن رسول الله صلى الله عليه وآله « من تزوّج امرأة لا يتزوّجها إلّا لجمالها لم يرفيها مايحبّ، ومن تزوّجها لمالها لايتزوّجها إلّا له وكله الله إليه فعليكم بذات الدّين » (٤) .

و عنه عليه السلام أيضاً « من تزوّج امرأة لمالها و كله الله تعالى إليه ، و من تزوّجها لجمالها رأى فيها مايكره ، ومن تزوّجها لدينها جمع الله له ذلك »(٥) .

وأمّا استحباب صلاة ركعتين فلقول الصادق عليه السلام على المحكي :«إذاهمّ أحدكم بالتزّويج فليصلّ ركعتيه ويحمدالله و يقول : اللّهمّ إنّي اُريدأن أتزوّج اللّهمّ فقدّر لي من النّساء أعفهنّ فرجاً وأحفظهنّ لي في نفسها وفي مالي وأوسعهنّ رزقاً وأعظمهنّ بركةً واقدر لي منها ولداً طيّباً تجعله خلفاً صالحاً في حياتي و بعدموتي » (٦) .

و أمّا استحباب الاشهاد في الدّائم فلقول أبي الحسن عليه السلام على المحكيّ في مكاتبة المهلّب الدّلال : « التزويج الدّائم لايكون إلّا بوليّ وشاهدين » (٧) .

---

(١) الكافي ج ٥ ص٣٣٢ .

(٢)و(٣) الكافي ج ٥ص ٣٣٣.

(٤) التهذيب ج ٢ ص ٢٢٦ .

(٥) التهذيب ج ٢ ص ٢٢٦ .

(٦) نحوه في الكافي ج ٥ ص ٥٠١ والتهذيب ج ٢ ص ٢٢٨ والفقيه ص ٣١٢ .

(٧) التهذيب ج ٢ ص ١٨٧ والاستبصار ج ٣ ص١٤٦ .

و المعروف بين الشيعة عدم الوجوب بل الوجوب مذهب العامّة و مذهب ابن أبي عقيل من الخاصّة ، و الخبر محمول على التقيّة و قد سبق بعض الأخبار الدالّة على عدم الوجوب ، و يظهر من بعض الأخبار « إنّما جعلت البيّنة في النكاح من أجل المواريث [1] » .

وأمّا استحباب الاعلان فللأمر به في النبوي فعنه صلّى الله عليه وآله «اعلنوا لهذا النكاح»[2].
ولما روي « أنّ النبي صلّى الله عليه وآله كان يكره نكاح السرّ حتّى يضرب بدفّ ،ويقال :أتيناكم أتيناكم فحيّونا نحيّكم»[3] .

وأمّا استحباب الخطبة فللتأسّي بالنبيّ والأئمّة عليهم الصلاة والسلام ، وخطبهم منقولة في ذلك مشهورة .

وأمّا استحباب إيقاع العقد ليلاً فللنبويّ «أمسوا بالأملاك فانّه أعظم للبركة»[4].
وقول الرّضا عليه السلام على المحكي: « من السنّة التزويج باللّيل إنّ الله تعالى جعل اللّيل سكناً ، والنساء إنّما هنّ سكنٌ» [5].

و أمّا كراهة إيقاعه في العقرب فلقول الصادق عليه السلام على المحكي « من تزوّج والقمر في العقرب لم ير الحسنى » [6] و حملت الرّواية على إرادة البرج من العقرب لا المنازل المنسوبة إليه وهي الزّبانا والاكليل والقلب والشولة لأنّ القمر تحلّ في البروج الاثنى عشر في كلّ شهر مرّةً و جملة المنازل الّتي هذه الأربع بعضها ثمانية و عشرون

---

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٨٧ و التهذيب ج ٢ ص ٢٢٨ و اللفظ له .

(٢) أخرجه ابن ماجه تحت رقم ١٨٩٥ والترمذى ص ١٧٥ باب ماجاء في اعلان النكاح .

(٣) أخبرجه ابن ماجه تحت ١٩٠٠ .

(٤)

(٥) الكافي ج ٥ ص ٣٦٦ والتهذيب ج ٢ ص ٢٣١ .

(٦) التهذيب ج ٢ ص ٢٢٨ و ٢٤٢ .

مقسومة على البروج الاثنى عشر فيخص كل برج منها منزلتان فللعقرب من هذه الأربع مالغيره ، قال في المسالك : و الّذي بينه و بين أهل هذه الشأن أنّ للعقرب من المنازل القلب و ثلثا الاكليل وثلثا الشولة ، و ذلك منزلتان و ثلث ، وأمّا الزُّبانا وثلثا الاكليل فهو من برج الميزان كما أن ثلث شولة الأخير من برج القوس -إلى أن قال- : ولاكراهة فيمنزلةالزُّبانا مطلقاً وأمّاالمنزلتانالمنتظرتان فان أمكن حفظهما وإلّافينبغي اجتنابه والقمر فيهما حذراً من الوقوع فيما كره فيهما .

وفي كشف اللّثام والمبسوط أنلفظ الخبر معوّل علىعرفأهلالنجوم ولا يريدون بمثله إلّا الكون في البرج بالمعنى المعروف عندهم مع الأصل فيما زاد الثلثبلالظاهر أنّ الخبر معوّل على مايرى عند عامّة النّاسمن كون القمرفي العقرب لاعلى مايقرّره أهل النّجوم من الدّرجات والدّقائق و نحو ذلك ممّاهو جارعلى مصطلحاتهم و لكنّ الاحتياط لا ينبغي تركه .

و أمّا كراهة تزويج العقيم فلما في الخبر الرّاجع إلى استحباب اختيار العفيفة المذكور ، ولما في بعض الأخبار « الحصير في ناحية البيت خيرٌ من امرأة لاتلد » .

و يمكنأن يقال : استفادة الاستحباب الشرعيّ أو الكراهة لاتخلو عن الاشكال بالنسبة إلى بعض الأخبار الواردة بل الظاهر أنّه من قبيل الارشاد كاوامرالطبيب و نواهيه .

﴿ القسم الثاني في آداب الخلوة ، يستحبُّ صلاة ركعتين إذا أراد الدُّخول و الدُّعاء و أن يأمرها بمثل ذلك عند الانتقال ، و أن يجعل يده على ناصيتها و يكونا علىطهر ، و يقول : اللّهمّ على كتابك تزوّجتها ـ إلى آخرالدُّعاء ـ ، و أن يكون الدُّخولليلاً ، ويسمّي عند الجماع ، وأنيسأل الله تعالى أنيرزقه ولداً ذكراً ﴾ .

أمّا استحبابالصلاة ركعتينوالدُّعاء بعدهماوأمرهابمثلذلك عند الانتقالفلصحيح أبي بصير قال : « سمعت رجلاً يقول لأبي جعفر عليه السلام : جعلت فداك إنّي رجلٌ قد أسننت وقد تزوّجت امرأة بكراًصغيرة ولم أدخل بها ، وأناأخاف أنّها إذا دخلتعليّ فرأتني أن تكرهنيلخضابي وكبري ، فقالأبوجعفر عليه السلام : إذا دخلت عليك فمرهمقبل

أن تصل إليك أن تكون متوضية ثمّ أنت لا تصل إليها حتّى تتوضأ وتصلّي ركعتين ، ثمّ مرهم يأمروها أن تصلّي أيضاً ركعتين ثمّ تحمدالله تعالى و تصلّي على محمّد و آله ثمّ ادع الله ، و مر من معها أن يؤمّنوا على دعائك ، ثمّ ادع الله وقل « اللّهمّ ارزقني إلفها وودّها ورضاها بي ، وارضني بها واجمع بيننا بأحسن اجتماع وآنس ايتلاف فإنّك تحبّ الحلال وتكره الحرام »[1] .

و أمّا استحباب جعل يده على ناصيتها فلخبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام فليضع يده على ناصيتها إذا دخلت عليه و يقول : « اللّهمّ على كتابك تزوّجتها و في أمانتك أخذتها وبكلماتك استحللت فرجها فإن قضيت في رحمها شيئاً فاجعله ذكراً مسلماً سويّاً ولاتجعله شرك شيطان » قلت : وكيف يكون شرك شيطان؟ فقال : إنّ الرّجل إذا دنا من المرأة و جلس مجلسه حضره الشيطان فإن هو ذكر الله فقد تنحّى الشيطان و إن فعل فلم يسمّ أدخل الشيطان ذكره فكان الحمل منهما جميعاً ، والنطفة واحدة[2]» .

و في خبر أبي بصير الآخر أيضاً « إذا دخلت بأهلك فخذ بناصيتها واستقبل القبلة وقل: اللّهمّ بأمانتك أخذتها وبكلماتك استحللتها فإن قضيت لي منها ولداً فاجعله مباركاً تقيّاً من شيعة آل محمّد ولاتجعل للشيطان فيه شركاً ولا نصيباً »[3] .

و في خبره الثالث ما يستفاد منه استحباب هذا الدّعاء كلّما أتى أهله قال : قال لي أبو عبدالله عليه السلام : «يا أبا محمّد إذا أتيت أهلك فأيّ شيء تقول ؟ قال : قلت : جعلت فداك وأطيق أن أقول شيئاً ؟ قال : بلى قل : اللّهمّ بكلماتك استحللت فرجها، وبأمانتك أخذتها ، فان قضيت في رحمها شيئاً فاجعله تقيّاً ذكيّاً ، ولاتجعل فيه شركاً للشيطان- الحديث »[4] .

أمّا استحباب كون الدّخول ليلاً فلقوله صلّى الله عليه وآله على المحكيّ « زفّوا عرايسكم

---

(١) الكافي ج ٥ ص ٥٠١ و التهذيب ج ٢ ص ٢٢٨ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٥٠١ والتهذيب ج ٢ ص ٢٢٨.

(٣) الكافي ج ٥ ص ٥٠٠ .

(۴) الكافي ج ٥ ص ٥٠٣.

ليلاً وأطعموا ضحى »[١].

و أمّا استحباب التسمية عند الجماع فلما ذكر في الخبر المتعرّض لوضع اليد على الناصية .

وأمّا استحباب أن يسأل الله ـ الخ » فلقول الباقر عليه السلام على المحكيّ :«إذا أردت الجماع فقل : اللّهمّ ارزقني ولداً واجعله تقيّاً ذكيّاً مباركاً ليس في خلقه زيادة ولا نقصان واجعل عاقبته إلى خير »[٢] .

﴿ ويكره الجماع ليلة الخسوف ويوم الكسوف، وعند الزّوال ، وعند الغروب حتّى يذهب الشفق ، و في المحاق ، و بعد الفجر حتّى تطلع الشمس ، وفي أوّل ليلة من كلّ شهر إلّا شهر رمضان ، وفي ليلة النصف ، وفي السفر إذا لم يكن معه ماء للغسل ، وعند الزّلزلة و الرّيح الصفراء و السوداء ، و مستقبل القبلة و مستدبرها ، و في السفينة ، و عارياً ، و عقيب الاحتلام قبل الغسل أو الوضوء ، و الجماع و عنده من ينظر إليه ، و النظر إلى فرج المرأة ، والكلام عند الجماع بغير ذكر الله تعالى ﴾ .

أمّا كراهة الجماع في الأوقات المذكورة فلخبر سالم عن أبي جعفر عليه السلام قلت : وهل يكره الجماع في وقت من الأوقات وإن كان حلالاً ؟ قال : نعم ما بين طلوع الفجر إلى طلوع الشمس، ومن مغيب الشمس إلى مغيب الشفق ، و في اليوم الّذي تنكسف فيه الشمس و في اللّيلة الّتي ينخسف فيها القمر ، و في اللّيلة وفي اليوم اللّذين يكون فيهما الرّيح السوداء والرّيح الحمراء والرّيح الصفراء ، واليوم واللّيلة اللّذين تكون فيهما الزّلزلة ، و قد بات رسول الله صلّى الله عليه وآله عند بعض أزواجه في ليلة انكسف فيه القمر فلم يكن منه في تلك اللّيلة ماكان يكون منه في غيرها حتّى أصبح فقالت له : يا رسول الله ألبغض كان هذا منك في هذه اللّيلة ؟ قال : لا و لكن هذه الآية ظهرت في هذه اللّيلة فكرهت أن أتلذّذ و ألهو فيها ، و قد عيّر الله تعالى أقواماً فقال عزّ و جلّ في كتابه « وإن يروا كسفاً من السماء ساقطاً يقولوا سحاب مركوم فذرهم حتّى يلاقوا يومهم

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٦٦ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٢٩ .

الّذي فيه يصعقون » ثمّ قال أبو جعفر عليه السلام و أيم الله لا يجامع أحدٌ في هذه الأوقات الّتي نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عنها وقد انتهى إليه الخبر فيرزق الله ولداً فيرى في ولده ذلك مايحبّ » (١) .

و ما عن محمّد بن خالد البرقيّ ، عن أبيه عمّن ذكره ، عن أبي الحسن موسى ،عن أبيه ، عن جدّه عليهم السلام قال : « كان في ما أوصى به رسول الله عليّاً صلوات الله عليهما قال : ياعليُّ لاتجامع أهلك في أوّل ليلة من الهلال ، ولا في ليلة النصف ، ولا في آخر ليلة فانّه يتخوّف على ولد من يفعل ذلك الخبل ، فقال عليٌّ عليه السلام : ولم ذاك يا رسول الله؟ فقال : إنّ الجنّ يكثرون غشيان نسائهم في أوّل ليلة من الهلال و ليلة النصف و في آخر ليلة ، أما رأيت المجنون يصرع في أوّل الشهر وفي آخره وفي وسطه »(٢) .

و ما عن سليمان بن جعفر الجعفريّ عن أبي الحسن موسى عليه السلام « من أتى أهله في محاق الشهر فليسلّم لسقط الولد » (٣) .

و روى في الكافي ، عن ضريس ، عن عبدالملك قال : « بلغ أبو جعفر عليه السلام أنّ رجلاً تزوّج في ساعة حارّة عند نصف النهار ، فقال أبو جعفر : ما أراهما يتّفقان ، فافترقا »(٤) .

و عن زراره في الموثّق عن أبي جعفر عليه السلام « أنّه أراد أن يتزوّج امرأة فكره ذلك أبوه ، قال : فمضيت فتزوّجتها حتّى إذا كان بعد ذلك زرتها فنظرت فلم أرما يعجبني ، فقمت أنصرف فبادرتني القيّمة معها إلى الباب لتغلقه عليّ ، فقلت :لاتغلقيه لك الّذي تريدين ، فلمّا رجعت إلى أبي أخبرته بالأمر كيف كان ، فقال لي : يابنيّ إنّه ليس عليك إلّا نصف المهر ، وقال : أنت تزوّجتها في ساعة حارّة »(٥)

قال في الحدائق الظاهر أنّ المراد بالتزويج هنا الدُّخول و يحتمل العقد أيضاً

---

(١) الكافى ج ۵ ص۴٩٨ .

(٢) الكافى ج ۵ ص ۴٩٩ و التهذيب ج ٢ ص ٢٢٩.

(٣) الكافى ج ۵ ص ۴٩٧ و التهذيب ج ٢ ص ٢٢٩.

(۴)و(۵) المصدر ج ۵ ص ٣۶۶ .

على بعد . ولقائل أن يقول : لم نعرف وجهاً للظهور خصوصاًمع مافيه أنّه ليس عليك إلّا نصف المهر .

و روي الشيخ في التهذيب ، عن محمّد بن العيص أنّه سأل أبا عبدالله عليه السلام فقال: « اُجامع وأنا عريان ؟ قال : لا ، ولا مستقبل القبلة ، ولامستدبرها ، قال :وقال عليه السلام: لا تجامع في السفينة » [1] .

و روى الصدوق عن الحسين بن زيد ، عن جعفر بن محمّد ، عن آبائه عليهم السلام قال : « نهى رسول الله صلى الله عليه وآله أن يجامع الرّجل أهله مستقبل القبلة ، وعلى ظهر طريق عامر فمن فعل ذلك فعليه لعنة الله و الملائكة و النّاس أجمعين »[2] .

و روى الصدوق في الفقيه والشيخ مرسلاً ، وفي العلل مسنداً قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وآله : يكره أن يغشى الرّجل المرأة وقد احتلم حتّى يغتسل من احتلامه الّذي رأى فان فعل فخرج الولد مجنوناً فلايلومنّ إلّا نفسه » [3] .

و روي عن ابن [أبي خل] راشد ، عن أبيه قال : « سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : لا يجامع الرّجل امرأته و لا جاريته و في البيت صبيٌّ ، فإنّ ذلك ممّا يورث الزنا » [4] .

و عن عبدالله بن الحسين بن زيد ، عن أبيه ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وآله :و الّذي نفسي بيده لو أنّ رجلاً غشى امرأته و في البيت صبيٌّ مستيقظ يراهما و يسمع كلامهما ونفسهما ما أفلح أبداً ، إن كان غلاماً كان زانياً أوجارية كانت زانية » [5].

وروى الشيخ عن سماعة في الموثّق قال: «سألته عن الرجل ينظر إلى فرج المرأة وهو

---

(١) المصدر ج ٢ ص ٢٢٩ .

(٢) المصدر في مناهي النبي (ص) ص ٤٢٦ .

(٣) المصدر ص ٤١٥ . و التهذيب ج ٢ ص ٢٣٠ .

(٤) و (٥) الكافي ح٥ ص٥٠٠ .

يجامعها قال : لا بأس به إلّا أنّه يورث العمى»[1].

و بإسناده إلى أبي سعيد الخدريّ في وصيّة النبيّ صلّى الله عليه وآله لعليّ صلوات الله عليه «قال : و لا ينظر أحدكم إلى فرج امرأته و ليغضّ بصره عند الجماع فإنّ النظر إلى الفرج يورث العمى في الولد »[2].

و روى في الكافي و التهذيب عن عبدالله بن سنان قال : « قال أبوعبدالله عليه السلام : اتّقوا الكلام عند ملتقى الختانين فإنّه يورث الخرس »[3] .

وفي حديث المناهي المذكور في آخر كتاب الفقيه قال : «نهى رسول الله صلّى الله عليه وآله أن يكثر الكلام عند المجامعة وقال : يكون منه خرس الولد» .[4]

وروى في الكافي عن إسحاق بن عمّار في الموثّق قال: «سألت أباعبدالله عليه السلام عن الرّجل يكون أهله معه في سفر لا يجد الماء يأتي أهله؟ قال: ما اُحبّ إلّا أن يخاف على نفسه، قلت : فطلب بذلك اللّذّة أو يكون شبقاً إلى النساء؟ فقال: إنّ الشبق يخاف على نفسه. قال : قلت: يطلب بذلك اللّذّة ؟ قال : هو حلال ، قلت : فإنّه يروى عن النبيّ صلّى الله عليه وآله أنّ أبا ذرّ سأله عن هذا فقال : ائت أهلك توجر ، فقال : يا رسول الله آتيهم واُوجر فقال: رسول الله صلّى الله عليه وآله كما أنّك إذا أتيت الحرام أزرت كذلك إذا أتيت الحلال أوجرت فقال أبوعبدالله عليه السلام : ألا ترى أنّه إذا خاف على نفسه فأتى الحلال أوجر »[5].

و أمّا استثناء هلال شهر رمضان فلما روي و اشتهر عند الأصحاب من استحباب المجامعة في تلك اللّيلة ، فروى الصدوق مرسلاً قال : قال عليه السلام : « يستحبّ أن يأتي الرّجل أهله أوّل ليلة من شهر رمضان لقول الله عزّ و جلّ : « اُحلّ لكم ليلة الصيام

---

(١) التهذيب ج٢ ص ٢٣٠ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٣٠ .

(٣) التهذيب ج٢ ص٢٢٩ و الكافي ج٥ ص٤٩٨ .

(۴) الفقيه ص۴۶۶ .

(٥) الكافي ج٥ ص ۴٩٥ .

الرّفث إلى نسائكم » و الرّفث المجامعة »[1].

﴿ مسائل: الأولى يجوز النظر إلى وجه امرأة يريد نكاحها وكفّيها . وفي رواية إلى شعرها و محاسنها ، وكذا إلى أمة يريد شراءها ، وإلى أهل الذّمّة لأنّهنّ بمنزلة الإماء مالم يكن لتلذذ ، و ينظر إلى جسد زوجته باطناً و ظاهراً ، و إلى محارمه ماخلا العورة ﴾ .

لا إشكال في جواز النظر إلى امرأة يريد نكاحها في الجملة للأخبار الكثيرة في المقام فإن قيل بحرمة النظر إلى الأجنبيّة يكون استثناء مورد هذه الأخبار تخصيصاً لأدلّة الحرمة و إن قيل بالجواز مع الكراهة يكون تخصيصاً أيضاً لأنّ الظاهر من أخبار الباب عدم الكراهة بل الرُّجحان ، و قد يقال : إنّ وجه التخصيص مع القول بالجواز من دون قصد النكاح في الجملة عدم انفكاك النظر في المقام عن التلذّذ المحرّم في النظر إلى الأجنبيّة بدون قصد النكاح ، و يشكل هذا مع أنّه قيّد في بعض أخبار المسئلة بعدم التلذّذ ففي مرسل عبدالله بن الفضل عن أبي عبدالله عليه السلام «قلت له:أينظر الرّجل إلى المرأة يريد تزويجها فينظر إلى شعرها و محاسنها ؟ قال : لا بأس بذلك مالم يكن متلذّذاً »[2] .

و ما ذكر من عدم الانفكاك و التلذّذ غالباً قهريّ ممنوع فإنّ من يتوجّه إلى ممنوعيّة شيء شرعاً كيف يتلذّذ و إلّا لزم جواز التلذّذ بالنظر إلى المحارم و الوجوه الحسان مع أنّه من المسلّم بينهم عدم الجواز إلّا أن يفرق بين التلذّذ الحاصل للزّوج بالنسبة إلى زوجته والتلذّذ الحاصل لرؤية مثل الخضراء و الأوراد فلابدّ من ملاحظة الأخبار الواردة في المقام فمنها حسنة محمّد بن مسلم بإبراهيم بن هاشم قال : «سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرّجل يريد أن يتزوّج المرأة أينظر إليها ؟ قال : نعم إنّما يشتريها بأغلى الثمن »[3].

و منها حسنة هشام و حمّاد و حفص ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « لا بأس بأن

(١) الوسائل كتاب النكاح أبواب مقدماته وآدابه ب٣٦ تحت رقم٢ .

(٢) و (٣) الكافي ج٥ ص٣٦٥

ينظر إلى وجهها و معاصمها إذا أراد أن يتزوّجها »[١].

و منها رواية الحسن بن السريّ قال: « قلت لأبي عبدالله عليه السلام : الرّجل يريد أن يتزوّج المرأة يتأمّلها و ينظر إلى خلفها و إلى وجهها ؟ قال : لا بأس بأن ينظر الرّجل إلى المرأة إذا أراد أن يتزوّجها ينظر إلى خلفها و إلى وجهها »[٢].

و منها ما رواه في التهذيب عن غياث بن إبراهيم ، عن جعفر ، عن أبيه ، عن عليّ عليه السلام « في رجل ينظر إلى محاسن المرأة يريد أن يتزوّجها ؟ قال : لا بأس إنّما هو مستام فإن يقض أمر يكون »[٣] .

و رواه الحميرى في قرب الاسناد وفيه «و إن يقض أمر يكن »[٤].

و منها ما عن يونس بن يعقوب قال : «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرّجل يريد أن يتزوّج بالمرأة و أحبّ أن ينظر إليها ؟ قال : تحتجز ثمّ لتعقد و ليدخل فلينظر ، قال : قلت : يقوم حتّى ينظر إليها ؟ قال : نعم ، قلت : فتمشي بين يديه؟قال : لا أحبّ أن تفعل » [٥] .

و منها ما رواه الصدوق في العلل عن يونس بن يعقوب في الموثّق قال : « قلت لأبي‌عبدالله عليه السلام :«الرّجل يريد أن يتزوّج المرأة يجوز أن ينظر إليها ؟ قال : نعم ، و يرقّق الثياب لأنّه يريد أن يشتريها بأغلى الثمن »[٦].

و منها خبر عبدالله بن الفضل المذكور .

ثمّ إنّه قد يقال بوقوع المعارضة بين الأخبار المذكورة من وجهين أحدهما ذكر الخاصّ فإنّ ظاهر مادلّ على جواز النظر إلى الوجه بدون المعاصم يعارض مادلّ

---

(١)و(٢) الكافى ج ٥ ص ٣٦٥ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٣٥ .

(٤) المصدر ص٧٤ و فيه « مستأمر فيما يقضى أمر يكن » .

(٥) التهذيب ج٢ ص٢٣٩ .

(٦) المصدر ص١٧٠ .

على جواز النظر إلى المعاصم ، وثانيهما اقتضاء الشرطيّة فحيث علّق النظر إلى الخلف و الوجه على إرادة التزويج فمقتضى القضيّة الشرطيّة عدم جواز النظر إلى غير ما ذكر ، و ذلك لعدم صحّة تعليل الخاصّ بما يكون علّة للعامّ ، و بعد التعارض يكون المرجع عموم مادلّ على حرمة النظر إلى الأجنبيّة ،ثمّ بعدالتقريب المذكور جمع بين الأخبار برفع اليد عن ظهور كلّ بنصّ الآخر فإنّ مادلّ على الاقتصار بالوجه و الخلف نصّ في الجواز و ظاهر في الاختصاص ، و مادلّ على جواز النظر إلى المعاصم نصّ في جواز النظر إلى المعاصم نصّ على الجواز فبهذا النصّ يرفع اليد عن ظهور الخبر في الاختصاص بالوجه و الخلف فلابدّ من الاقتصار على ما ذكر في الأخبار و نتيجة هذا الجمع هو الحكم بجواز النظر إلى كلّ ما كانت المقيّدات صريحة فيجواز النظر إليه من الوجه و الكفّين و المعاصم و الخلف و الشعر و المحاسن .

و يمكن أن يقال : أمّا الاختصاص بالذّكر فلا يستفاد منه اختصاص الحكم فقول المولى لعبده أكرم زيداً لا يستفاد منه نفي وجوب إكرام عمرو مثلاً ، نعم إذا كان من قبيل الموصوف بصفة يستفاد منه مد خليّة الوصف و ليس المقام من هذا القبيل .

و أمّا ما ذكر من اقتضاء القضيّة الشرطيّة فمثل أكرم زيداً إن جاءك القائل بالمفهوم يقول : العلّة المنحصرة لإكرام زيد مجيئه و المنكر يقول : للمجييء مدخليّة في وجوب أكرامه و ليست العلّة منحصرة بمعنى أن لايستفاد من الكلام المذكور العليّة المنحصرة و إن أمكنت ، و أمّا اختصاص الحكم المذكور بزيد فلايستفاد من القضيّة الشرطيّة و لاينافي هذا الكلام مع قوله أكرم عمراً إن جاءك بل لابدّ من فهم الاختصاص من دليل الآخر .

و أمّا ما ذكر من عدم صحّة تعليل الخاصّ بما يكون علّة للعامّ فلم يظهر وجهه ألا ترى صحّة قول الطبيب : إن كان الرّمان حامضاً فلا تأكله ، و إن كان زيد عالماً فأكرمه ، و لا ينافي ما ذكر مع عدم جواز أكل ما كان حامضاً و وجوب إكرام كلّ من كان عالماً .

وأمّا ما ذكر من الاقتصار بما تكون المقيّدات صريحة في جواز النظر إليه فربما

يتأمّل فيه من جهة أنّ أخبار الباب بعضها صحيح أو حسن كالصحيح و بعضها موثّقة و بعضها غير نقيّ السند، ولم يحرز عمل الفقهاء به فمثل خبر عبدالله بن الفضل المتعرّض للشعر لعلّه من هذا القبيل، نعم لايبعد الاستفادة من موثّقة يونس بن يعقوب حيث علّل الحكم فيها بالاشتراء بأغلى الثمن أزيد ممّا صرّح به في الأخبار .

و أمّا جواز النظر إلى أمة يريد اشترائها فيدلّ عليه ما رواه الشيخ في التهذيب عن أبي بصير قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرّجل يعترض الأمة ليشتريها قال : لا بأس أن ينظر إلى محاسنها و يمسّها مالم ينظر إلى مالا ينبغي النظر إليه »[1].

و ما رواه في التهذيب، عن حبيب بن معلّى الخثعميّ، قال : « قلت لأبي عبدالله عليه السلام: إنّي اعترضت جواري المدينة فأمذيت ، قال : أمّا لمن يريد الشراء فليس به بأس و أمّا لمن لا يريد أن يشتري فإنّي أكرهه »[2] .

وعن الحارث بن عمران الجعفريّ ،عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «لا أحبّ للرّجل أن يقلّب الجارية إلّا جارية يريد شراءها »[3] .

و ما رواه الحميريّ في كتاب قرب الإسناد عن الحسين بن علوان عن جعفر ، عن أبيه ، عن عليّ عليه السلام أنّه كان : « إذا أراد أن يشتري الجارية يكشف عن ساقيها فينظر إليها ».

و قد يستظهر من بعضها جواز النظر إلى جميع بدنها سوى العورة حيث استثنى النظر إلى ما لا ينبغي النظر إليه ، و المراد منه ما يقبح النظر إليها عرفاً ، و ليس هو خصوصاً في الإماء إلّا العورة كيف ولو كان المراد منه ما يحرم النظر فيه شرعاً لزم الإجمال في مقام الجواب عن السؤال و الحوالة على المجهول الموجب لازدياد التحيّر ، و هو مناف لمقصود السائل و غرضه من استعلام حكم المسئلة المبتلى بها فعلاً .

و يمكن أن يقال : الأخبار المذكورة لم يذكر في كلمات الفقهاء تصحيحها و

---

(١) التهذيب ج٢ ص١٣٨ .

(٢) التهذيب ج٢ ص

(٣) المصدر ج ٥ ص٥٢٤ .

توثيقها بل ذكر في الحدائق ضعف السند غاية الأمر أخذهم بها في الجملة و لم يظهر أخذهم بخصوص الخبر المذكور و على فرض الأخذ بهم ما ذكر لولم يكن مسبوقاً بقوله عليه السلام على المحكي : « لا بأس أن ينظر إلى محاسنها و يمسّها » .

وقد سبق في كلامه ـ قدّس سرّه ـ استظهار الخصوصيّة في جواز النظر إلى المرأة التي يريد تزويجها ، و الحاصل أنّه مع الإجمال إن سلّمناه يكون المرجع عموم مادلّ على حرمة النظر في غير ما هوالمتيقّن خروجه،و أمّا جواز النظر إلى نساء أهل الذمّة فهو المشهور و الأخبار الواردة في المقام منه ما رواه في الكافي ، عن السكوني ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « قال رسول الله صلّى الله عليه وآله : لا حرمة لنساء أهل الذمّة أن ينظر إلى شعورهن و أيدهنّ ».[1]

و منها ما رواه الحميري في كتاب قرب الإسناد عن أبي البختري ، عن جعفر ابن محمّد ، عن أبيه ، عن عليّ بن أبي طالب صلوات الله عليهم قال : « لا بأس بالنظر إلى رؤوس النساء من أهل الذمّة ، و قال : ينزل المسلمون على أهل الذمّة في أسفارهم و حاجاتهم و لا ينزل المسلم على المسلم إلّا بإذنه »[2] .

و ربما يعتضد بما رواه في الكافي عن عباد بن صهيب قال : « سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول : لا بأس بالنظر إلى رؤوس نساء أهل تهامة و الأعراب و أهل السواد و العلوج لأنّهم إذا نهوا لا ينتهون[3]. قال : و المجنون و المغلوبة على عقلها لا بأس بالنّظر إلى شعرها و جسدها مالم يتعمّد ذلك »[4] و رواه في الفقيه إلّا أنّه قال : « و أهل البوادي من أهل الذمّة » مكان « أهل السواد و العلوج » و فسّر قوله عليه السلام على

---

(١) الكافي ج ٥ ص٥٢٤ .

(٢) المصدر ص٤٢ .

(٣) في الفقيه و العلل « اذا نهين لا ينتهين» و قال العلامة المجلسي : في المرآة لعل ارجاع ضمير المذكر للتجوز او التغليب . أوالمراد أن رجالهن اذا نهوا عن كشفهن وأمروا بسترهن لا ينتهون و لا يأتمرون .

(٤) الكافي ج٥ ص٥٢٤ و الفقيه ص ٤٣٣ .

المحكي « مالم يتعمّد » على وجه التلذّذ و الميل إليه والأخبار المذكورة وإن لم تكن صحيحة و لا موثّقة لكنّ المشهور عملوا بها في الجملة و لابدّ من الاقتصار على القدر المتيقّن لعموم مادلّ على حرمة النظر إلى الأجنبيّة .

و أمّا جواز النظر إلى جسد زوجته باطناً و ظاهراً فلا كلام فيه ، و ما ورد من النهي عن النظر إلى الفرج محمولٌ على الكراهة .

و أمّا بالنسبة إلى المحارم ماخلا العورة فلاخلاف فيه إلّا أنّه قيّد بعدم التلذّذ واستشكل بعض الأعلام في حرمة التلذّذ الّذي يكون من قبيل التلذّذ و بالنظر إلى البناء الحسن و نحوه بالنسبة إلى الوجوه الحسان و لعلّه من جهة استبعاد حرمة مثل نظر الوالدين إلى أولادهما مع التلذّذ مع حسن الخلقة و الخلق فيهم وإن كان كلمات الفقهاء مطلقة .

﴿ الثانية الوطي في الدُّبر فيه روايتان أشهرهما الجواز على الكراهة . الثالثة العزل عن الحرّة بغير إذنها ، قيل : يحرم و يجب به دية النطفة عشرة دنانير ، وقيل : مكروه وهو أشبه ورخّص في الإماء ﴾ .

المشهور بين الأصحاب ـ رضوان الله تعالى عليهم ـ جواز الوطي في دبر المرأة المحلّلة وطيها قبلاً على الكراهة ، ويدلّ عليه مارواه في الكافي و التهذيب في الصحيح عن عليّ بن الحكم قال : سمعت صفوان بن يحيى يقول قلت للرضا عليه السلام «إنّ رجلا من مواليك أمرني أن أسألك عن مسئلة هابك و استحيى منك أن يسألك ، قال : و ماهي؟ قلت : الرّجل يأتي امرأته في دبرها ؟ قال: نعم ذلك له ، قلت له : فأنت تفعل ذلك، فقال: إنّا لانفعل ذلك [1] ».

وما رواه في التهذيب عن ابن أبي يعفور قال : «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرّجل يأتي المرأة في دبرها ، قال : لابأس إذا رضيت ، قلت : فأين قول الله عزّ وجلّ: «فآتوهنّ من حيث أمركم الله » ؟ قال : هذا في طلب الولد فاطلب الولد من حيث أمركم الله

(۱) الكافي ج ۵ ص ۵۴۰ و التهذيب ج ۲ ص ۲۳۰ .

إنّ الله تعالى يقول : « نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنّى شئتم »(١).

وعن موسى بن عبدالملك ، عن الحسين بن عليّ بن يقطين ؛ وعن موسى بن عبدالملك عن رجل قال : « سألت أبي الحسن الرّضا عليه السلام عن إتيان الرّجل المرأة من خلفها قال : أحلّها آية من كتاب الله قول لوط « هؤلاء بناتي هنّ أطهر لكم » و قد علم أنّهم لايريدون الفرج »(٢) .

وعن حمّاد بن عثمان في الموثّق قال : « سألت أباعبدالله عليه السلام وأخبرني من سأله عن الرّجل يأتي المرأة في ذلك الموضع وفي البيت جماعة ؟ - فقال لي - وقد رفع صوته -: قال رسول الله صلى الله عليه وآله : من كلّف مملوكه ما لايطيق فليعنه ، ثمّ نظر في وجه أهل البيت ثمّ أصغى إليّ فقال : لابأس (٣) » .

ويمكن منع ظهور هذا الخبر ولعلّ نظر السائل إلى الإتيان مع أنّ في البيت جماعة و الوقاع لايناسب في ذلك الموضع .

وعن ابن أبي يعفور في الموثّق قال : سألت أباعبدالله عليه السلام . ورواه عنه بسند آخر عن البرقيّ رفعه ، عن ابن أبي يعفور قال : «سألته عن إتيان النساء في أعجازهنّ فقال : ليس به بأس ، وما اُحبّ أن يفعل » (٤).

و في قبال ما ذكر أخبار يظهر منها الحرمة منها ما رواه في الفقيه قال: قال النبيّ صلى الله عليه وآله محاش نساء اُمّتي على رجال اُمّتي حرام » (٥) و اقتصر الصدوق في كتابه على هذه الرّواية ولهذا نسب القول بالتحريم إليه .

و منها ما رواه في التهذيب عن سدير قال : « سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول : قال رسول الله صلى الله عليه وآله : محاش النساء على اُمّتي حرام » (٦) .

و منها ما رواه العيّاشي في تفسيره ، عن أبي بصير ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال :

---

(١) و(٢) و (٣) و (٤) التهذيب ج ٢ ص ٢٣٠ .

(٥) الفقيه ص ٤٣٢ .

(٦) التهذيب ج ٢ ص ٢٣٠ .

«سألته عن الرّجل يأتي أهله في دبرها ؟ فكره ذلك و قال : إيّاكم ومحاش النساء و قال إنمّا معنى « نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنّى شئتم » أيّ ساعة شئتم»[١] .

و عن زيد بن ثابت قال : سأل رجلٌ أمير المؤمنين صلوات الله عليه أتؤتى النساء في أدبارهنّ؟ فقال : سفلت سفل الله بك أما سمعت الله «يقول : أتأتون الفاحشة ماسبقكم بها من أحدمن العالمين[٢] » .

و قد يحمل هذه الأخبار على الكراهة جمعاً بينها و بين الأخبار السابقة و لا يخفى بُعد هذا الجمع مع ملاحظة التعبير بالحرمة و الاستشهاد بالآية الشريفة ، و قد تحمل على التقيّة لموافقتها مع أكثر العامّة ، وهذا الحمل أيضاً بعيد لعدم المناسبة بين الحكم الصادر تقيّةً مع الاستشهاد بقول النبيّ صلى الله عليه وآله و بالآية الشريفة ، و قد يجاب بضعف السند ، وهذا أيضاً مشكلٌ من جهة ذهاب جماعة إلى الحرمة ففي المسالك نقل القول بالحرمة عن جماعة من علمائنا منهم القميّون وابن حمزة ، والظاهر أنّ اختيارهم القول بالحرمة من جهة هذه الأخبار فلايبعد التخيير ـ التخيير الاُصولي ـ .

و أمّا العزل عن الحرّة ، فالمشهور جوازه على كراهة و يدلُّ عليه ما رواه في الكافي في الموثّق عن عبدالرّحمن بن أبي عبدالله البصريّ قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن العزل قال: ذلك إلى الرّجل»[٣] .

و عن محمّد بن مسلم في الموثّق عن أبي جعفر عليه السلام قال : « لا بأس بالعزل عن المرأة الحرّة إن أحبّ صاحبها وإن كرهت ، وليس لها من الأمر شيء[٤] » .

و ما رواه في الكافي و التهذيب ، عن محمّد بن مسلم قال : «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن العزل فقال : ذاك إلى الرّجل يصرفه حيث يشاء[٥] » .

---

(١) تفسير العياشي ج ١ ص ١١١ .

(٢) التفسير ج ١ ص ١١١ .

(٣) المصدر ج ٥ ص ٥٠٢ .

(۴) و (۵) المصدر ج ۵ ص ۵۰۴ .

و ما رواه في الكافي عن عبدالرحمن الحذاء عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « كان علي ابن الحسين عليهما السلام لا يرى بالعزل بأساً يقرء هذه الآية « و إذ أخذ ربك من بني آدم من ظهورهم ذريتهم و أشهدهم على أنفسهم ألست بربكم قالوا بلى » فكل شيء أخذ الله منه الميثاق فهو خارج و إن كان على صخرة صماء [١] »

و عن محمد بن مسلم في الصحيح عن أحدهما عليهما السلام «أنه سئل عن العزل فقال : أما الأمة فلا بأس و أما الحرة فإني أكره ذلك إلا أن يشترط عليها حين يزوجها [٢]» .

و عن يعقوب الجعفي قال : « سمعت أبا الحسن عليه السلام يقول : « لا بأس بالعزل في ستة وجوه : المرأة التي أيقنت أنها لا تلد ، والمسنة ، والمرأة السليطة ،والبذية ، والمرأة التي لاترضع ولدها ، والأمة » [٣] ورواه في عيون الأخبار وكذا في الخصال .

والكراهة في لسان الأخبار وإن كانت لا تنافي الحرمة ، إلا أنه تحمل في المقام على غير الحرمة بقرينة الأخبار المطلقة .

و أما الدية فالرواية الواردة فيها موردها غير مانحن فيه بل موردها من أفزع في حال الجماع فعزل لذلك فعلى المفزع دية النطفة عشر دنانير روي ذلك صحيحاً عن علي عليه السلام والفزع الموجب للعزل غير موجود في روايات مقامنا هذا ، و ظهر من بعض أخبار الباب الترخيص بالنسبة إلى الإماء .

﴿ الرابعة لا يدخل بالمرأة حتى يمضي لها تسع سنين ولو دخل قبل ذلك لم تحرم على الأصح . الخامسة لا يجوز للرجل ترك وطي المرأة أكثر من أربعة أشهر ، السادسة يكره للمسافر أن يطرق أهله ليلاً ﴾ .

أما عدم جواز الدخول حتى يمضي لها تسع سنين فلا شبهة فيه ولا خلاف ، و يدل عليه ما رواه في الكافي عن أبي بصير عن أبي جعفر عليهما السلام قال : « لا يدخل بالجارية حتى يأتي لها تسع أو عشر سنين أوعشر سبعين[٤] » .

---

(١) المصدر ج ٥ ص ٥٠٣ .
(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٣٠ .
(٣) الفقيه ص ٣٢٥ .
(٤) الكافي ج ٥ ص ٣٩٨ .

و عن الحلبيّ في الصحيح قال : « قال أبو عبدالله عليه‌السلام : إذا تزوّج الرّجل الجارية و هي صغيرة فلا يدخل بها حتّى يأتي لها تسع سنين أو عشر سنين [1] » .

و ما رواه المشايخ الثلاثة ، عن زرارة ، عن أبي جعفر عليه‌السلام قال : « لا يدخل بالجارية حتّى يأتي لها تسع سنين ، أوعشر سنين» [2] قال بعض المحدّثين : لعلّ المراد بالترديد لاختلافهنّ في كبر الجثّة و صغر ها و قوّة البنية و ضعفها .

ولا تعرّض في هذه الأخبار لحصول الحرمة مع الدّخول قبل مضيّ التسع ، نعم يظهر ممّا رواه في الكافي عن العدّة ، عن سهل ، عن يعقوب بن يزيد ، عن بعض أصحابنا عن أبي عبدالله عليه‌السلام قال : « إذا خطب الرّجل المرأة فدخل بها قبل أن يبلغ سبع سنين فرّق بينهما ولم تحلّ له أبداً » [3] ثمّ إنّ المراد من قوله عليه‌السلام على المحكيّ في هذه الرّواية « فرّق بينهما و لم تحلّ له أبداً » إن كان خروجها عن الزّوجيّة يعارضها ما دلّ على بقاء الزّوجيّة مع الإفضاء قبل التسع كصحيحة حمران عن أبي عبدالله عليه‌السلام قال : « سئل عن رجل تزوّج جارية بكراً لم تدرك فلمّا دخل بها افتضّها فأفضاها فقال عليه‌السلام : إن كان دخل بها حين دخل بها و لها تسع سنين فلا شيء عليه ، و إن كانت لم تبلغ تسع سنين أو كان لها أقلّ من ذلك بقليل حين دخل بها فافتضّها فإنّه قد أفسدها و عطّلها على الأزواج فعلى الإمام أن يغرمه ديتها ، و إن أمسكها ولم يطلّقها حتّى تموت فلاشيء عليه [4] » .

و رواية بريد بن معاوية عن أبي جعفر عليه‌السلام «في رجل افتضّ جارية -يعني امرأته- فأفضاها ، قال عليه‌السلام : عليه الدّية إن كان دخل بها قبل أن تبلغ تسع سنين ، فإن أمسكها ولم يطلّقها فلا شيء عليه و إن كان دخل بها ولها تسع سنين فلا شيء عليه إن شاء أمسك و إن شاء طلّق » [5] .

قد يقال : يرفع اليد عن رواية سهل ، عن يعقوب بن يزيد ، بعد تسليم ظهورها

---

(۱) الكافي ج ۵ ص ۳۹۸ . (۲) الوسائل ج۳ ص ۱۳ .
(۳) المصدر ج ۵ ص ۴۲۹ . (۴) الفقيه : ۴۲۱ .
(۵) الكافي ج ۷ ص ۳۱۴ .

أو صراحتها في ارتفاع الزّوجيّة من جهة ضعف الرّواية سنداً من جهة سهل و مخالفة المشهورفمع تسليم التكافؤ يكون المرجع حينئذ استصحاب بقاء الزّوجيّة و من هنا ظهر ضعف القول بسبب الوطي قبل التسع للحرمة الأبديّة ولو مع عدم الإفضاء إذ لامدرك لهذا القول إلّا المرسلة و هي لضعفها لا تنهض حجّة في رفع اليد عن مقتضى الأصول القطعيّة كأصالتي بقاء الزّوجيّة و حلّية الوطي ، هذا مضافاً إلى إمكان حملها على ماهو الغالب من استلزام الدّخول قبل التسع للإفضاء فيكون النظر إلى حرمة الوطي لا ارتفاع الزّوجيّة و حرمة الوطي في صورة الإفضاء مسلّمة ، و يمكن أن يقال: رواية سهل مأمور بها والأمر في سهل مع نقل مثل الكليني ـ قدّس سرّه كثيراً عنه و قدعمل برواية الشيخ قدّس سرّه في المقام ، ومع تسليم التكافؤ مقتضى القاعدة التخيير لاالمراجعة إلى الاستصحاب ، و إن سلّمنا حجّة الاستصحاب في الشبهات الحكميّة و حمل الرّواية على الغالب من استلزام الدّخول الإفضاء لم يظهر وجهه لمنع الغلبة و المعارضة باقية مع الحمل أيضاً .

وأمّا عدم جواز ترك الوطي أكثر من أربعة أشهر فالظاهر أنّه موضع وفاق بين الأصحاب ، و يدلّ عليه ما رواه في الفقيه و التهذيب في الحسن برواية الفقيه ، عن صفوان بن يحيى عن الرّضا عليه السلام أنّه سأله « عن رجل يكون عنده المرأة الشابّة فيمسك عنها الأشهر والسنة لايقربها ليس يريد الإضرار بها يكون لهم مصيبة أيكون في ذلك آثماً ؟ قال : إذا تركها أربعة أشهر كان آثماً بعد ذلك (٢) » .

ورواه الشيخ بطريق آخر عن صفوان أيضاً مثله وزاد «إلّا أن يكون بإذنها » ولا يخفى أنّ مورد الرّواية خصوص الشابّة فلا تشمل غيرها ولا مجال للقطع بعدم الفرق كما لا يخفى إلّا أن يتمسّك بالإجماع إن لم يكن مسند المجمعين الخبر المذكور .

و أمّا كراهة أن يطرق المسافر أهله ليلاً فيدلّ عليها ماروى في الكافي عن عبدالله ابن سنان ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « يكره للرّجل إذا قدم من سفر أن يطرق أهله

---

(١) الفقيه ٣١٥ و التهذيب ج ٢ ص ٢٢٩ .

ليلاً حتّى يصبح »[١] .

و إطلاق الخبر يقتضي عدم الفرق في الكراهة بين أن يعلمهم بذلك قبل اللّيل و عدمه .

﴿ السابعة إذا دخل بالصبية لم تبلغ تسعاً فأفضاها حرم عليه وطئها مؤبّداً ولم تخرج عن حبالته و لو لم يفضها لم يحرم على الأصحّ ﴾ .

أمّا حرمة الوطي بالدّخول بها فيدلّ عليها مرسلة يعقوب بن يزيد المتقدّمة وليس فيه قيد الإفضاء و تكون ظاهرة أوصريحة في ارتفاع الزّوجيّة ولم يلتزم المشهور به ، فينحصر الدّليل في الإجماع أن تمّ .

و أمّا عدم الخروج عن حبالة الزّوج فلصحيحة حمران و رواية بريد بن معاوية المتقدّمتين حيث ذكر فيهما الإمساك والتطليق مع الإفضاء ، ولا معنى للتطليق مع ارتفاع الزّوجيّة .

و أمّا عدم حرمة الوطي مؤبّداً مع عدم الإفضاء فلعدم دليل عليه إلّا رواية سهل المذكورة مع عدم العمل بها و قد عرفت الإشكال فيه .

﴿ الفصل الثاني ﴾

﴿ في أولياء العقد ، لا ولاية في النكاح لغير الأب و الجدّ للأب و إن علا و الوصي والمولى والحاكم ، و ولاية الأب والجدّ ثابتة على الصغيرة ولوذهبت بكارتها بزنا أو غيره ﴾ .

أمّا عدم ولاية غير المذكورين فادّعي الإجماع عليه في غير الأمّ و آبائها ففي المرسل عن النبيّ ﷺ أنّه أبطل تزويج قدامة بن مظعون بنت أخيه عثمان[٢] .

و في صحيح محمّد بن الحسن الأشعري كتب بعض بني عمّي إلى أبي جعفر الثاني

---

(١) المصدر ج ٥ ص ٢٩٩ .

(٢) أخرج حديثه ابن ماجه في السنن تحت رقم ١٨٧٨ .

عليه السلام : « ما تقول في صبيّة زوّجها عمّها فلمّا كبرت أبت التزويج ؟ فكتب عليه السلام بخطّه: لا تكره على ذلك والأمر أمرها (١) » .

و حكي عن ابن جنيد أنّ الأمّ و أباها يقومان مقام الأب في ذلك لأنّ رسول الله صلى الله عليه وآله أمر نعيم بن نجاح أن يستأمر أمّ ابنته في أمرها و قال : وآمروهنّ في بناتهنّ » والخبر ضعيف .

و الأخبار المتعلّقة بالمقام منها صحيحة عبدالله بن الصلت المرويّة في الكافي و التهذيب قال : « سألت أبا الحسن عليه السلام عن الجارية الصغيرة يزوّجها أبوها ألها أمر إذا بلغت ؟ قال : لا » و زاد في الكافي « ليس لها مع أبيها أمر » (٢) .

و منها ما رواه المشايخ الثلاثة عن محمّد بن إسماعيل بن بزيع قال : « سألت أبي الحسن الرّضا عليه السلام عن الصبيّة يزوّجها أبوها ثمّ يموت و هي صغيرة ، فتكبر قبل أن يدخل بها زوجها أيجوز عليها التزويج أو الأمر إليها ؟ قال : يجوز عليها تزويج أبيها » (٣) .

ومنها ما رواه الشيخ (ره) عن الحلبيّ قال : « قلت لأبي عبدالله عليه السلام : الغلام له عشر سنين فيزوّجه أبوه في صغره أيجوز طلاقه و هو ابن عشر سنين ؟ قال : فقال : أمّا التزويج فصحيح فينبغي أنّه تحبس عليه امرأته حتّى يدرك فيعلم أنّه قد طلّق فإن أقرّ بذلك و أمضاه فهي واحدة بائنة وهو خاطب من الخطّاب و أن أنكر ذلك وأبى أن يمضي فهي امرأته » (٤) .

و عن محمّد بن مسلم في الصحيح ، عن أبي جعفر عليه السلام « في الصبيّ يزوّج الصبيّة يتوارثان ؟ قال: إذا كان أبواهما اللّذان زوّجاهما فنعم ، قلت : فهل يجوز طلاق الأب؟

---

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٩٢ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٩٢ . و التهذيب ج ٢ ص ٢٢١ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٣٩٢ و التهذيب ج ٢ ص ٢٢١ و الفقيه ص ٤١٢ .

(٤) التهذيب ج ٢ ص

قال : لا [١] » .

وروى الشيخ(ره)عن الفضل بن عبدالملك عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « إنّ الجدّ إنما زوّج ابنة ابنه و كان أبوها حيّاً و كان الجدّ مرضيّاً جاز ، قلنا : وإن هوى أبو الجارية هوىً و هوى الجدّ هوى وهما سواء في العدل والرّضا ؟ قال : أحبّ إليّ أن ترضى بقول الجدّ » [٢] .

و منها موثّق عبيد قال : « قلت لأبي عبدالله عليه السلام : الجارية يريد أبوها أن يزوّجها من رجل ، و يريد جدّها أن يزوّجها من رجل ؟ فقال : الجدّ أولى بذلك مالم يكن مضاراً إن لم يكن الأب زوّجها قبله ، ويجوز عليها تزويج الأب والجدّ [٣] » .

و أمّا ولاية الوصي والمولى والحاكم فسيجيء الكلام فيها إن شاء الله تعالى .

و أمّا ثبوت ولاية الأب والجدّ على الصغيرة و إن ذهبت بكارتها فلأنّ المدار في ولايتهما الصغر لا البكارة ، و مقتضى الاطلاق ثبوتها لهما و إن ذهبت البكارة بزنا أو غيره .

﴿ولا يشترط في ولاية الجدّ بقاء العقد و قيل يشترط ، وفي المستند ضعف ، ولا خيار للصبيّة مع البلوغ ، و في الصبيّ قولان أظهرهما أنّه كذلك ، ولو زوّجاها فالعقد للسابق ، فإن اقترنا ثبت عقد الجدّ ، و يثبت ولايتهما على البالغ مع فساد عقله ذكراً كان أو أنثى ، ولا خيار له لو أفاق ، والثيب تزوّج نفسها ولا ولاية عليها لأب ولا لغيره ولو زوّجها من غير إذنها وقف على إجازتها﴾ .

مقتضى رواية عبد الله بن سنان الصحيحة عن الصادق عليه السلام قال : « الذي بيده عقدة النكاح هو وليّ أمرها » [٤] ولاخلاف في أنّ الجدّ وليّ أمر الصغيرة سواء كان الأب

---

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٢٢ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٩٦ . و التهذيب ج ٢ ص ٢٢٣ .

(٣) الكافي ج ٢ ص ٣٩٥ .

(۴) التهذيب ج ٢ ص ٢٢٣ .

حيّاً أوميّتاً . واستدلّ للقول بالاشتراط برواية الفضل بن عبدالملك المتقدّم واستشكل في العمل بها تارة من جهة ضعف السند ، و اُخرى من جهة ضعف الدّلالة حيث إنّها بالمفهوم الوصفي و هو غير معتبر عند المحقّقين ، و اُجيب بأنّه من باب مفهوم الشرط و هو معتبر .

و أمّا من جهة ضعف السند فالظاهر أنّ الرّواية موثّقة و حمل القيد على بيان الفرد الأخفى و هو جواز عقد الجدّ مع وجود الأب ، و يمكن أن يقال بعد ما كان الأصل في القيود الاحترازيّة فاللازم مدخليّة حياة الأب في ولاية الجدّ و ليس في قباله إلّاالاطلاق القابل للتقييد ، نعم استبعاد مدخليّة حياة الأب فيولايةالجدّ مع أولوية نظره عند المعارضة مع الأب مع عدم المدخليّة في تصرّفات الجدّ في اُمور الصغيرةغير نكاحها يوجب التوقّف وحيث إنّ مجرّد الاستبعادلايرفع الإشكال لابدّ منالاحتياط.

وأمّا التمسّك بالاستصحاب في بعض الأفرادكما لو كان الأب حيّاً فماتوالجدّ حيّ فيستصحب ولايته ، أوالتمسّك بأصالةعدم الاشتراط فلايخفى الإشكال فيهما لأنّه بعد وجود الدّليل الاجتهاديّ لا مجال للاستصحاب و إن قلنا بحجّيّة الاستصحاب في الشبهات الحكميّة ، كما أنّه معه لا مجال للأصل .

و أمّا عدم الخيار للصبيّة مع البلوغ فلرواية عبدالله بنالصلت الصحيحة ورواية محمّد بن إسماعيل بن بزيع الصحيحة المتقدّمتين و مثلهما صحيح ابن يقطين (١) .

و في قبال هذه الأخبار ما روى محمّد بن مسلم في الصحيح قال : « سألت أباجعفر عليه السلام عن الصبيّ يزوّج الصبيّة؟قال : إنكان أبواهما اللّذان زوّجاهما فنعم جائز ، و لكن لهما الخيار إذاأدركا ، فإن رضيا بذلك فانّ المهر على الأب . قلت : فهليجوز طلاق الأب على ابنه في صغره ؟ قال : لا » (٢) .

و الظاهر عدم العمل به بلقيل : لابأس بالوصف بالشذوذ الّذياُمرنا بالاعراض عن أمثاله .

---

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٢١ .
(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٢٢ و الاستبصار ج ٣ ص ٢٤٦ .

و أمّا عدم الخيار لخصوص الصبيّ فلم نجد ما يدلّ على نفي الخيار له وما دلّ على صحّة تزويج الصغير والصغيرة مع صدور التزويج من الوليّ لاينفي الخيار ، و قد يتمسّك بالاستصحاب و آية « أوفوا بالعقود » و يشكل من جهة الإشكال في حجيّة الاستصحاب في الشبهات الحكميّة مضافاً إلى وجود الدّليل الاجتهاديّ في قباله و هو صحيح محمّد بن مسلم المذكور و عدم العمل بمضمونه بالنسبة إلى الصغيرة لعلّه لا يوجب طرح الرّواية أصلاً حتّى بالنسبة إلى الصبيّ .

وأمّا التمسّك بآية « أوفوا بالعقود » فيشكل من جهة أنّ الظاهر أنّ المخاطبين العاقدون والصبيّ ليس عاقداً ، وجه ذلك أنّ الوفاء بالعهد و عدم نقضه بالنسبة إلى من عاهد و عقد ، و الصغير ليس طرف المعاهدة حتّى يكون فسخه خلاف الوفاء، مضافاً إلى أنّه عامّ قابل للتخصيص .

و خالف في المقام الشيخ في النهاية وبنو البرّاج و حمزة وابن إدريس - قدّس الله تعالى أسرارهم - واستدلّ لهم بخبر الكناسيّ ، عن الباقر عليه السلام «أنّ الغلام إذا زوّجه أبوه و لم يدرك كان له الخيار إذا أدرك أو بلغ خمسة عشر سنة [1] » و استدلّ أيضاً بتطرّق الضرر على الغلام مع عدم الخيار باعتبار إثبات المهر في ذمّته و النفقة من غير ضرورة تقتضي ذلك ، و اُجيب بضعف الرّواية سنداً ، و ما ذكر من تطرّق الضرر - الخ . مجرّد اعتبار يدفعه منع عدم المصلحة في ذلك وبالجملة المسأله لاتخلو عن شوب الإشكال خصوصاً مع أنّ ابن إدريس لايعمل إلّا بالقطعيّات من الأخبار فإن كان استناده إلى خبر المذكور يكون الخبر منها .

و أمّا ثبوت العقد السابق ولغوية العقد اللّاحق فوجهه واضح حيث إنّه مع صحّة العقد السابق لامجال لصحّة العقد اللّاحق.

و أمّا ثبوت عقد الجدّ مع اقتران عقده مع عقد الأب فلقول الصادق عليه السلام على المحكيّ في صحيح هشام بن سالم ومحمّد بن حكيم «إذا زوّج الأب والجدّ كان التزويج

---

(١) النهذيب ج ٢ ص ٢٢٢ .

للأب فإن كانا جميعاً في حال واحد فالجدّ أولى »[١] .

و أمّا ثبوت و لايتهما على البالغ مع فساد عقله ذكراً كان أو اُنثى فقيل : إنّه موضع وفاق ،واستدلّ بالاستصحاب المؤيّد باستبعاد عزلهما عن ولاية النكاح خاصّة ضرورة بقاء ولايتهما على المال المشروط انقطاعها بإيناس الرُشد ، مضافاً إلى خبر أبي بصير في تفسير «من بيده عقدة النكاح» ويمكن أن يقال : أمّا الاستصحاب فيشكل التمسّك به في الشبهات الحكميّة مضافاً إلى الإشكال من جهة أنّ الولاية على الصغير و الصغيرة بعنوان صغرهما ، فبعد ارتفاع الصغر كيف تستصحب .

و أمّا بقاء ولايتهما في أموالهما فإن كان من جهة الآية الشريفة « فإن آنستم ـ الآية » فاستفادتها منها مشكلة لأنّ عدم جواز دفع المال مع عدم إيناس الرُشد لايثبت الولاية فإنّ غير الوليّ أيضاً لايدفع مال المجنون إليه وإن كانت الولاية باقية بدليل آخر فلا مانع من استفادة بقاء الولاية من جهة الخبر المذكور ، و مع ثبوت الولاية فالظاهر عدم الخيار لو أوقع الوليّ لا للاستصحاب بل من جهة ما دلّ على عدم الخيار في النكاح إلّا ما ورد النصّ فيه من العيوب .

و أمّا عدم الولاية على الثيّب و كون أمرها بيدها فلا إشكال فيه و يدلّ عليه الأخبار منها ما رواه ثقة الإسلام في الصحيح ، عن عبد الله بن الصلت قال : « سألت أبا الحسن عليه السلام عن الجارية الصغيرة زوّجها أبوها ، لها أمر إذا بلغت ؟ قال :لا ،ليس لها مع أبيها أمر ، قال : وسألته عن البكر إذا بلغت مبلغ النساء ألها مع أبيها أمرٌ؟ قال: ليس لها مع أبيها أمرٌ مالم تثيّب[٢] » .

و منها ما رواه الشيخ في الصحيح عن الحلبيّ ، عن الصادق عليه السلام قال : « سألته عن البكر إذا بلغت مبلغ النساء ألها مع أبيها أمرٌ ؟ قال : ليس لها مع أبيها أمرٌ مالم تثيّب»[٣] .

---

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٩٥ والتهذيب ج ٢ ص ٢٢٢.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٩٤ . و التهذيب ج ٢ ص ٢٢١ .

(٣) الوسائل أبواب عقد النكاح و أولياء العقد ب ٣ ح ١١ .

و منها ما رواه عليّ بن جعفر في كتابه عن أخيه موسى قال :« سألته عن الرّجل يصلح له أن يزوّج ابنته بغير إذنها ؟ قال : نعم ، ليس يكون للولد مع الوالد أمرٌ إلاّ أن تكون امرأة قد دخل بها قبل ذلك فتلك لايجوز نكاحها إلاّ أن تستأمر » (١).

و بعد ما كان الاختيار لها فلو زوّجها غيره بغير إذنها وقف على إجازتها ويكون من النكاح الفضوليّ وسيجيء الكلام فيه إن شاءالله تعالى .

﴿أمّا البكر البالغة الرّشيدة فأمرها بيدها ولوكان أبوها حيّاً قيل : لهاالانفراد دائماً كان أو منقطعاً . و قيل : العقد مشترك بينها و بين الأب فلاينفرد أحدهما به . و قيل : أمرها إلى الأب وليس لها معه أمرٌ ، ومن الأصحاب من أذن لها في المتعةدون الدّائم ومنهم من عكس و الأوّل أولى ﴾ .

اختلف الفقهاء ــ رضوان الله تعالى عليهم ــ في ثبوت الولاية للأب على الباكرة الرّشيدة البالغة في خصوص أمر تزويجها وعدمه على أقوال أشار إليها في المتن فاستدلّ للقول بثبوتها مضافاً إلى أصالة بقاء الولاية قبل بلوغها بأخبار منها صحيحة عبدالله بن الصلت ، عن أبي الحسن عليه السلام قال : « سألته عن الجارية إذا بلغت مبلغ النساء ألها مع أبيها أمرٌ قال : لا » (٢) ونحوها صحيحة محمّد بن مسلم بزيادة قوله عليه السلام « يستأمرها كلّ أحد ماعدا الأب» (٣) .

و رواية أبي مريم المرويّة في الكافي عن الصادق عليه السلام قال : « الجارية البكر الّتي لها أبٌ لا تتزوّج إلاّ بإذن أبيها » (٤) .

و موثّقة عبيد بن زرارة « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : الجارية يريد أبوها أن يزوّجها من رجل ويريد جدّهاأن يزوّجها من رجل ؟ فقال عليه السلام : الجدّ أولى بذلك

---

(١) الوسائل ابواب عقد النكاح ب ٩ ح ٨ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٩٤ و التهذيب ج ٢ ص ٢٢١ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٣٩٢ .

(٤) المصدر ج ٥ ص ٣٩١ و ٣٩٢ .

مالم يكن مضاراً ، إن لم يكن الأب زوجها قبله ، ويجوز عليها تزويج الأب والجد»[1].

و في قبالها أخبار اُخر منها صحيحة منصور بن حازم ، عن الصادق عليه السلام «تستأمر البكر وغيرها ولاتنكح إلّا بأمرها »[2] .

و منها صحيحة محمد بن مسلم ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : « المرأة التي ملكت نفسها غير السفيهة ولا المولّى عليها إنّ تزويجها بغير وليّ جائز »[3] .

حيث إنّ الظاهر أنّ المراد من التي ملكت نفسها المالكة بالنسبة إلى الاُمور الرّاجعة إلى نظام معاشها من العقود والإيقاعات وغيرها لا المالكة حتّى بالنسبة إلى التزويج كما لايخفى .

إن قيل: ظهور هذه الأخبار في استقلالها مسلّم إلّا أنّها لاتصلح للمعارضة مع تلك الأخبار لصراحة تلك في أنّ الباكرة البالغة لا مدخليّة لها في تزويجها بخلاف هذه الأخبار لأنّ شمولها بالإطلاق والظهور لايعارض النصّ الصريح ، اُجيب عنه بمنع صراحة تلك الأخبار في ولاية الأب على أمر تزويجها مطلقاً وعدم مدخليّتها فيه أصلاً إذ من المحتمل أن يكون المراد من قوله عليه السلام على المحكيّ « ليس لها مع أبيها أمرٌ » أنّه ليس لها مع إقدام أبيها على تزويجها الردّ والإجازة فيدلّ على عدم مدخليّتها في أمر تزويجها في خصوص ما إذا زوّجها أبوها من زوج لامطلقاً كما هو المدّعى ، وهذا الاحتمال وإن كان بعيداً إلّا أنّه تكفي في منع صراحتها وإن سلّم صراحة تلك الأخبار ففي الأخبار المعارضة أيضاً ماهو صريح ففي رواية سعدان بن مسلم ، عن الصادق عليه السلام « ولابأس بتزويج البكر إذا رضيت من غير إذن أبيها »[4] فيقع التعارض بين الطائفتين، ويمكن الجمع بحمل مادلّ على عدم مدخليّتها في أمر تزويجها مطلقاً على ما إذا أقدم أبوها على تزويجها ، ويكون المراد من قوله عليه السلام «ليس لها مع أبيها أمر » أنّه ليس لها مع تزويج أبيها إيّاها الردّ و الإجازة . وحمل ما دلّ على استقلالها في أمرها على غير

(١) المصدر ج ٥ ص ٣٩٥ . (٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٢١ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٣٩١ و التهذيب ج ٢ ص ٢٢٠ و الاستبصار ج ٣ ص ٢٣٢ .

(٤) التهذيب ج ٢ ص ٢٢١ و الاستبصار ج ٣ ص ٢٣٦ .

هذه الصورة ، ويؤيّد هذا الجمع صدر صحيحة عبدالله بن الصلت حيث سئل عنه عليه السلام عن الجارية الّتي زوّجها أبوها قبل بلوغها هل لها أمرٌ بعد بلوغها ورشدها أم لا فأجاب لا أمر لها مع أبيها »[1] فإنّ المراد من قوله « لا أمر لها مع أبيها » ليس إنّه لاخيار لها مع وجود أبيها ضرورة أنّها لاخيار لها بعد البلوغ مطلقاً سواء كان لها أب أولا اتّفاقاً ، فيكون تقييده بما إذا كان لها أبٌ لغواً بل المراد أنّ مع إقدام الأب في تزويجها لا خيار لها ، و يكون تزويج الأب نافذاً .

ويمكن أن يقال : حمل المطلقات على الفرد الغير الغالب مشكلٌ لأنّ ما ذكر بنحو القانون لابدّ أن يكون الباقي تحته أزيد من الخارج لا المساوي ولا الغير الغالب.

و أمّا ما ذكر من التأييد بصحيحة عبد الله بن الصلت فهو مبنيٌّ على حمل المطلق أعني قوله عليه السلام على المحكيّ « لا أمر لها » على القدر المتيقّن في مقام التخاطب وهو ممنوعٌ فمع منعه يكون كسائر المطلقات الدّالّة على أنّه لا أمر لها مع وجود الأب مطلقاً لا الخيار ولا التزويج بالاستقلال ، وقد يقال : الأخبار الدّالة على استقلال البكر في تزويجها المعتبر منها غير آب عن التقييد بغير من له أبٌ والآبي عن التقييد غير معتبر فيوهن التمسّك بها على كثرتها ، و يشكل من جهة ما ذكر من لزوم كون الباقي تحت المطلق غالباً وكيف يدّعى أنّ البكر بحسب الغالب لا أب لها وثانياً يشكل طرح ما ليس فيه تصحيح و توثيق مع النقل في الكافي و الفقيه و التهذيب ، ثمّ إنّه مع عدم إمكان الجمع العرفي وعدم الترجيح لا من جهة السند لوجود الأخبار الصحيحة في كلتا الطائفتين ولا من جهة الصدور لاختلاف العامّة أيضاً قد ترجّح الأخبار الدّالّة على استقلال البكر لموافقتها لعموم قوله تعالى « أوفوا بالعقود » و استشكل بعدم صدق العقد المفسّر في الأخبار بالعهد على التزويج ، وفيه إشكال لصدق المعاهدة بين الزّوج و الزّوجة كصدقها في البيع و الصلح و الإجارة ، و منع صدق العهد في بعض مصاديقها لا يضرّ ، نعم يمكن الإشكال بأنّه مع الشكّ في الأهليّة للعقد لا يمكن التمسّك به وقد ترجّح بما دلّ من الأخبار على أنّ الصبيّ إذا بلغ أشدّه واحتلم يكون مالكاً لأمره إذ لا شبهة في أنّ المراد

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٩٤ و التهذيب ج ٢ ص ٢٢١ .

من الصبيّ أعمّ من الصغير و الصغيرة من جهة التغليب كما في قوله تعالى « كتب عليكم الصيام » و غيره من آيات الأحكام.

و استشكل بأنّ الترجيح بالموافقة لهذه الأخبار إنّما يتمّ لو كانت متواترة كاشفة عن السنّة القطعيّة وإلّا فالمتعيّن جعلها مرجعاً بناءً على القول بتساقط المتعارضين من الأخبار .ويمكن أن يقال : كون المراد من الصبيّ الأعمّ يحتاج إلى الدّليل لأنّ التغليب صحيح لكنّه خلاف الظاهر يحتاج إلى القرينة .

و أمّا جعل تلك الأخبار مرجعاً بعد تعارض الأدلّة فلم يظهر وجهه فإنّ العامّ ليس حاله حال الأصل حتّى يقال بعد تعارض الدّليلين و تساقطهما نرجع إليه بل هو معارض لأحدى الطائفتين في عرض معارضة الطائفة المعارضة ، غاية الأمر لولا الطائفة الموافقة له كانت الطائفة المخالفة مقدّمة عليه للأظهريّة أو لكونها الناصّة ، وعلى هذا فمع التعارض وعدم الترجيح يجيء التخيير .

ثمّ إنّ ظاهر الأخبار المذكوره اختصاص الحكم نفياً وإثباتاً بالأب و لا تعرّض للجدّ فالتعميم لابدّ له من الدّليل إمّا من جهة صدق الأب علي الجدّ ولو بنحو المجاز و إمّا من جهة أقوائيّة ولاية الجدّ على الأب من جهة أنّه مع اختلاف نظرهما يقدّم نظر الجدّ ، لكنّ إثبات الحكم للجدّ بملاحظة ماذكر لايخلو عن الإشكال و في المتن لم يذكر الجدّ ، و أمّا القول بالتشريك فالأخبار المذكورة تدفعه حيث يظهر من طائفة استقلال البكر في أمرها و من طائفة اُخرى استقلال الأب ، و ربما يستظهر التشريك من موثّقة صفوان قال : « استشار عبدالرّحمن موسى بن جعفر عليهما السلام في تزويج ابنته لابن أخيه ، فقال : إفعل و يكون ذلك برضاها ، فإنّ لها في نفسها نصيباً . قال : و استشار خالد بن داود موسى بن جعفر عليهما السلام في تزويج ابنته عليّ بن جعفر ، فقال : افعل ويكون ذلك برضاها ،فإنّ لها في نفسها حظّاً »[1] وقد يجاب بأنّ هذه الموثّقة مطلقة في كون الابنة بكراً أو ثيّباً و كلامنا في البكر فأيّة الطائفتين أخذنا بها تقيّد المطلق و توجب تخصيصها بالثيّب .

---

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٢١ .

ويمكن أن يقال : لا إشكال و لا خلاف في أنّ الثيّب مستقلّة في أمر نكاحها ولا مدخليّة للأب ولا للجدّ في نكاحها ، وظاهر الموثّقة يخالف الاستقلال فإنّه لا يقال : للمستقلّة في أمرها أنّ لها في نفسها نصيباً ، هذا مضافاً إلى أنّ الموثّقة واردة في مورد خاصّ ولعلّ البنت كانت بكراً والضمير راجع إليها فكيف يحكم بالإطلاق و التقييد فمع مقاومة الموثّقة للأخبار المتقدّمة تكون طرف المعارضة للطائفتين فلابدّ من الترجيح أو التخيير .

و أمّا القول بثبوت الولاية على البكر في الدّائم دون المنقطع فالظاهر أنّه للجمع بين الأخبار الدّالّة على ثبوت الولاية و بين ما ورد في خصوص المنقطع كرواية أبي سعيد القمّاط عمّن رواه قال : « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : جارية بكر بين أبويها تدعوني إلى نفسها سرّاً من أبويها أفأفعل ذلك ؟ قال : نعم و اتّق موضع الفرج ، قال : قلت : وإن رضيت ؟ قال : و إن رضيت فإنّه عار على الأبكار» (1).

و رواية الحلبيّ قال : «سألته عن التمتّع بالبكر إذا كانت بين أبويها بلا إذن من أبويها ؟ قال : لابأس مالم يقتضّ ماهناك لتعفّف بذلك» (2) .

ورواية أبي سعيد قال : « سئل أبو عبدالله عليه السلام عن التمتّع من الأبكار اللّواتي بين الأبوين ؟ فقال : لا بأس ، ولا أقول كما يقول هذه الأقشاب » (3) .

و يعارضها الأخبار السابقة الدالّة على أنّه لا أمر لها مع أبيها و تلك الأخبار وإن كان الظاهر ورودها في النكاح الدّائم لانصراف التزويج والنكاح عند الإطلاق إلى الدّائم و في لسان الأخبار إنما اُريد المنقطع يقيّد بلفظ المتعة أوالتمتّع إلّا أنّ التعبير بأنّه لاأمر لها مع أبيها يعمّ فتأمّل ، وما دلّ بالخصوص على عدم الجواز بدون إذن الأب صحيحة أبي مريم ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « العذراء الّتي لها أب لاتزوّج متعة إلّا بأذن أبيها »(4) .

---

(1) و (2) و (3) التهذيب ج ٢ ص ١٨٧ .

(4) التهذيب ج ٢ ص ١٨٧ و الاستبصار ج ٣ ص ١٤٥ .

و صحيحة البزنطي عن الرّضا عليه السلام قال : « البكر لا تتزوّج متعة إلّا بإذن أبيها » (١) .

وقد يحمل الصحيحتان على التقيّة أو على الكراهة ، ويشكل حملهما على التقيّة لشدّة إنكار العامّة المتعة من غير فرق بين صورة إذن الأب وغيرها ، و مقتضى القاعدة تقديم الصحيحين على مايعارضهما بالخصوص من جهة صحّة السند وتخصيصهما لماسبق من ظهور اختصاص تلك الأخبار بالنكاح الدّائم فإن أخذنا بالأخبار الدّالّة على استقلال البكر في تزويجها تكون الصحيحتان مخصّصتين لتلك الأخبار إن استفيدمنها الاستقلال في التزويج مطلقاً حتّى بالنسبة إلى النكاح المنقطع و إن لم يكن لها إطلاق فخروج المتعة من باب التخصّص إلّا أن تحملا على الكراهة لما اُشير إليه في ما دلّ على الجواز .

﴿ و لو عضلها الوليّ سقط اعتبار رضاه إجماعاً و لو زوّج الصغيرة غير الأب و الجدّ وقف على رضاها عند البلوغ و كذا الصغير ، و للمولى أن يزوّج المملوكة ، صغيرةً وكبيرةً ، بكراً وثيّباً ، عاقلةً ومجنونة ، ولا خيار لها وكذا العبد ، و لايزوّج الوصيّ إلّا من بلغ فاسد العقل مع اعتبار المصلحة وكذا الحاكم ﴾ .

لو منع الوليّ تزويج البكر مع الكفو مع أنّها طالبة فلا خلاف ظاهراً في عدم اعتبار رضى الولي إن قلنا بعدم استقلال البكر في أمر التزويج و هذا ظاهراً من المسائل المجمع عليها حيث لانصّ في البين ، وقد يتمسّك بقاعدة نفي الضرر وقاعدة نفي الحرج وسعة الشريعة السمحة السهلة .

ويشكل الأمر على من لايتوجّه إلى الإجماعات حيث إنّ القاعدتين انطباقهما على هذه الصورة منوط بالضرر الشخصي و الحرج الشخصي ولايثبت الحكم بقول مطلق وقد يتمسّك بقوله تعالى «ولاتعضلوهنّ أن ينكحن أزواجهنّ إذا تراضوا بينهم بالمعروف» بناء على دخول بعض أفراد المقام فيه ،كما لوزوّجها الوليّ وطلّقت قبل الدّخول و كون المراد نهي النّاس أجمع ومنهم الأولياء . ويشكل من جهة احتمال أن تكون المراد

(١) قرب الاسناد ص ١٥٩ .

نهي الأزواج السابقين عن عضل النساء أن يتزوّجن ولو زوّج الصغيرة غير الأب والجدّ وقف على رضاها عند البلوغ إن لم يكن لها الأب و الجدّ أو كان، و قلنا باستقلالها في أمرها بناء على صحّة الفضوليّ حتّى مع عدم من له الإجازة حال العقد و كذا الصغير .

وللمولى تزويج المملوكة بنحو الإطلاق بلا خلاف ظاهراً لقوله تعالى «فانكحوهنّ بإذن أهلهنّ» وقوله تعالى «وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين - الآية».

و يمكن منع الظهور فيه من جهة ذكر الأيامى حيث إنّها لا ولاية عليها ويدلّ عليه حسن زرارة عن الباقر عليه السلام «سألته عن مملوك تزوّج بغير إذن سيّده، فقال : ذاك إلى سيّده إن شاء أجاز وإن شاء فرّق بينهما»(١).

وقد يتمسّك بقاعدة السلطنة وقد يتأمّل فيه من جهة عدم تعرّض القاعدة لأنحاء السلطنة، و قد يقال بعدم الولاية للكافر على المملوك المسلم لقوله تعالى : «لن يجعل الله - الآية».

و يشكل ولاية الحاكم لعدم كونه مولّى عليه على كلّ حال كالصغير و المجنون بل المملوك مولّى عليه للمالك من حيث الماليّة وقد فرض عدم ولاية له للكفر، ويمكن أن يقال : إن كان جواز التزويج للمالك من شئون الملكيّة ما لم يخرج عن الملكيّة كما لو آجر المالك عبده قبل أن يخرج من ملكه فلا يستفاد من قوله تعالى «لن يجعل الله - الآية» نفيه وإلّا لزم خروج المملوك عن الملكيّة وليس كذلك بل ظاهر ما دلّ على بيعه من المسلمين بقاؤه مادام لم يبع على الملكيّة و إذا صحّ تزويج المولى مملوكه فلا خيار له حيث إنّه مملوك لا يقدر على شيء، خرج الطلاق بالدّليل، وأيضاً بناء النكاح على اللّزوم خرج ماخرج بالدّليل .

و أمّا تزويج الوصيّ فاسد العقل مع اعتبار المصلحة فمقتضى عدم مادلّ على نفي الولاية لغير الأب كصحيحة أبي عبيدة الحذّاء المرويّة في الكافي قال : «سألت أبا جعفر

---

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٧٨ .

عليه‌السلام عن غلام وجارية زوّجهما وليّان لهما و هما غير مدركين فقال : النكاح جائز و أيّهما أدرك كان على الخيار وإن ماتا قبل أن يدركا فلاميراث بينهما ولامهر إلّا أن يكونا قد أدركا ورضيا ـ إلى أن قال ـ قلت : فإن كان أبوها هو الّذي زوّجها قبل أن تدرك قال : يجوز عليها تزويج الاب ، ويجوز على الغلام و المهر على الأب للجارية » (١) .

و المراد بالوليّين في الصدر غير الأب من الوليّ العرفي عدم الولاية للوصيّ ، وأمّا الصحيح المذكور فمحمول في غير الأب على الوليّ العرفيّ بقرينة صحيحة الحذّاء فإن كان جوازه لقوله تعالى « فمن بدّله بعدما سمعه » حيث يستفاد من الأخبار في باب الوصيّة أنّ الوصيّة نافذة يجب إنفاذها مطلقاً ، فلاوجه للتقييد بصورة فساد العقل و اعتبار المصلحة ، و كذا إن تمسّك بصحيح ابن مسلم و أبي بصير عن أبي جعفر عليه‌السلام « سألته عن الّذي بيده عقدة النكاح ، قال : هو الأب والأخ و الموصى إليه» (٢) لكنّه يشكل التمسّك بقوله تعالى « فمن بدّله بعدما سمعه » لتخصيصه بكون الموصى به ممّا يرضى به الله تعالى كما سبق في كتاب الوصايا ولم يحرز كون الوصيّة بتزويج الصغير و الصغيرة ممّا يرضى به الله تعالى .

و في قبال الصحيح المذكور المضمر « سأله رجل عن رجل مات و ترك أخوين و بنتاً و البنت صغيرة فعمد أحد الأخوين الوصيّ فزوّج الابنة من ابنه ، ثمّ مات أبو الابن المزوّج ، فلمّا أن مات قال الآخر : أخي لم يزوّج ابنه فزوّج الجارية من ابنه فقيل للجارية : أيّ الزّوجين أحبّ إليك الأوّل أو الأخير ؟ قالت : الأخير ، ثمّ إنّ الأخ الثاني مات وللأخ الأوّل ابن أكبر من الابن المزوّج فقال للجارية : اختاري أيّهما أحبّ إليك الزّوج الأوّل أو الزّوج الأخير ، فقال : الرّواية فيها أنّها للزّوج الأخير و ذلك أنّها قد كانت أدركت حين زوّجها وليس لها أن تنقض ماعقدته بعد إدراكها » (٣) .

---

(١) المصدر ج ٥ ص ٤٠١ والتهذيب ج ٢ ص ص ٢٢٣ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٢٥ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٣٩٧ و التهذيب ج ٢ ص ٢٢٣ .

وقد يقال بعدم معارضة هذا الخبر للصحيح المذكور لكونه مضمراً في الكافي و التهذيب و عدم ثبوت كون الأخ وصيّاً على نكاح البنت و إنكار أخ الثاني ما فعله الأوّل ، ونسبة ذلك إلى الرّواية المشعرة بالتقيّة لو فرض كونه من الإمام عليه السلام مع التعليل العليل .

و يمكن أن يقال : بعد أن كان مانسب إلى المشهور أو الأشهر عدم الولاية للوصيّ و إن نصّ الموصي على النكاح ، فامّا من جهة الأخذ بالمضمر المذكور في قبال الصحيح المذكور ويكون المضمر معتبراً ومستظهراً من حيث السندكون المسئول الإمام عليه السلام ، و امّا إن يكون من جهة عدم العمل بالصحيح المذكور ، و يحتمل أن يكون من جهة عموم مادلّ على عدم ولاية غير الأب و على هذا فلامانع من حجيّته إلّا أنّه يشكل من جهة أنّه مع أخصيّته كيف لم يعملوا به ، ولعلّ وجه عدم العمل ضعف الدّلالة من جهة الحمل على الولي العرفيّ بقرينة ساير الأخبار ، فلايكون حجّة .

و ما ذكر من عدم ثبوت كون الأخ وصيّاً على نكاح البنت يمكن أن يجاب عنه بكفاية ترك الاستفصال .

و ما ذكر من أنّ نسبة ذلك إلى الرّواية مشعرة بالتقيّة فيه أنّها لاتدلّ على التقيّة لأنّ في الرّوايات الواردة عنهم عليهم السلام النسبة إلى الرّواية .

ويمكن أن يكون النظر في التعليل المذكور فيها إلى أنّ العقد السابق لمّا لم يكن صادراً ممّن له الولاية ولم يكن ممضى بعد البلوغ لم يعتبر و العقد اللّاحق حيث كان ممضى ليس لها نقضه و إن كان نسبة العقد إليها بمجرّد الإمضاء بنحو المجاز .

وأمّا ولاية الحاكم فالمشهور أيضاً عدمه بالنسبة إلى من لم يبلغ ذكراً كان أو اُنثى للأصل و في المتن ثبوتها بالنسبة إلى فاسد العقل وقد يقال بثبوتها لعموم ولاية الحاكم المستفادة من نحو قوله : «السلطان وليّ من لاوليّ له » (1) وغيره المراد منه أنّه قائم مقام الوليّ

---

(1) خبر عامى ولم أجده الافى كتب الفقه كالمختلف وفى سنن ابن ماجة فى باب لانكاح الابولى باسناده عن عائشة قالت قال رسول الله (ص) : أيما امرأة لم ينكحها الولى فنكاحها باطل فان أصابها فلها مهرها بما أصاب منها فان اشتجروا فالسلطان ولى من لاولى له » . ج ١ ص ٦٠٥ تحت رقم ١٨٧٩ .

حيث لاولي غيره مضافاً إلى خبر أبي بصير الوارد في تفسير «من بيده عقدة النكاح» بل في صحيح ابن سنان الّذي بيده عقدة النكاح هو ولي أمرها [1].

ويمكن أن يقال : السلطان في قوله: «السلطان ولي من لاولي له» يطلق على المنصوب بالخصوص من قبل المعصوم كالمنصوب في ز من النبيّ والأمير عليهما السلام وأمّا الفقهاء فإثبات الولاية العامّة نحو ولاية المنصوبين لهم بالخصوص فمحل إشكال وقد سبق الكلام فيه في كتاب البيع فيشكل التمسّك به ، و أمّا التمسّك بما ورد في تفسير «من بيده عقدة النكاح» فله وجه حيث إنّ الحاكم ولي بالنسبة إلى الصبيّ لكن هذه الولاية من جهة لزوم قضاء حوائجه من باب الحسبة و يكون الحاكم متيقّناً لأنّ الشارع لايرضى باختلال اُمور القاصر لصغر أوجنون أومرض فيدور بين الحاكم وغيره وهو المتيقّن لكنّها ثابتة لعدول المؤمنين مع تعذّر الرُجوع إلى الحاكم ويحتمل ثبوتها حتّى مع التمكّن من الرُجوع إليه بل ثابتة لغير عدول المؤمنين مع عدم التمكّن من الرُجوع إليهم و لازم هذا ثبوت الولاية لغير الحاكم أيضاً ، والظاهر عدم التزامهم به فيقع الإشكال من جهة عدم كون التزويج من الاُمور الّتي يجب قضائها .

﴿ و يلحق بهذا الباب مسائل : الاُولى الوكيل في النكاح لا يزوّجها من نفسه ولو أذنت في ذلك فالأشبه الجواز ، وقيل : لا ، وهي رواية عمّار ، الثانية النكاح يقف على الإجازة في الحرّ والعبد ، ويكفي في الإجازة سكوت البكر ، و يعتبر في الثيّب النطق ، الثالثة لا ينكح الأمة إلّا بإذن المولى رجلاً كان المولى أو امرأة ، وفي رواية سيف يجوز نكاح أمة المرأة من غير إذنها متعة وهي منافية للأصل ﴾ .

وجه منع تزويج الوكيل من نفسه بأنّ الظاهر إرادة تزويجها من غيره ، أو لا ظهور في تزويجها من نفسه ويكفي عدم الظهور ، وما ذكر لايخلو عن الإشكال وقد يدّعى نفي الخلاف في المسئلة و مع احتمال أن يكون مدرك المجمعين ما ذكر كيف يتمسّك به ، نعم مع التعميم لا إشكال إلّا أن يمنع من جهة الخبر الآتي ذكره و لو أذنت جاز تزويجها من نفسه بحسب القواعد فهو بما هو وكيل عن المرأة يوجب ويقبل ، لا باعتبار

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٢٤ .

أنّه وكيل و يكفي المغايرة الاعتباريّة في الا يجاب و القبول كتزويج الجدّ بنت ابنه لابن ابنه ، و يجوز للرّجل أن يوكّل شخصاً آخر عن نفسه فيوجب عن المرأة و يقبل الوكيل من طرفه له .

و في المقام رواية عمّار الساباطيّ يستفاد منها عدم الجواز ، قال : « سألت أبي- الحسن عليه السلام عن امرأة تكون في أهل بيت فتكره أن يعلم بها أهل بيتها يحلّ لها أن توكّل رجلاً يريدأن يتزوّجها تقول له : قد وكّلتك فاشهد على تزويجي قال : لا - إلى أن قال: - قلت : فان وكّلت غيره بتزويجها أيزوّجهامنه ، قال : نعم »(١).

وهذه الرواية من حيث السند معتبرة من جهة أنّ عمّار ثقة عند علماء الرّجال لكن المشهور لم يعملوابها ، والظاهر أنّ التزوّج فيها الدّائم فانّ النكاح المنقطع في لسان الأخبار يحتاج إلى القيد وأمّاالنكاح الواقع منغير مباشرةالزّوج والزّوجة أومع المباشرة و عدم الاختيار شرعاً فالمشهور صحّته بالاجازة إن يكن باذن الوليّ ويدلّ عليه الأخبار .

منها خبرمحمّد بنمسلم عن أبي جعفر عليه السلام « سألته عن رجل زوّجه اُمّهوهوغائب قال : النكاح جائز إن شاء المتزّوج قبل ، وإن شاء ترك - الحديث (٢)» .

ومنها حسنزرارة « سألتهعن مملوكتزوّج بغير إذن سيّدة فقال : ذلك إلىسيّده إن شاء أجازه و إن شاء فرّق بينهما ، قلت : أصلحك الله إنّ حكم بن عتيبة و أصحابه يقولون : إنّ أصل النكاح باطلفلاتحلّ إجازة السيّد ،فقال عليه السلام : إنّه لم يعصالله و إنّما عصى سيّده فاذا أجاز فهو جائز »(٣).

و منها خبره الآخر « سألته عن رجل تزوّج عبده بغير إذنه فدخل بها ، ثمّ اطّلععلىذلك مولاه فقال عليه السلام : ذلك إلىمولاه إن شاء فرّق بينهما - إلى أنقال : - فقلت له : إنّه في أصلالنكاح كان عاصياً ، فقال عليه السلام : إنّه إنّما أتىشيئاً حلالاً وليس بعاص الله وإنّما عصى سيّده (٤)» .

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٢٢ والاستبصار ج ٣ ص ٢٣٥ .
(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٠١ .
(٣)و(٤) التهذيب ج ص ٢١٣ والكافي ج ٥ ص ٤٧٨ .

و منها صحيح الحذّاء « سألت أبا جعفر عليه السلام عن غلام وجارية زوّجهما وليّان لهما وهما غير مدركين فقال : النكاح جائز وأيّهما أدرك كان له الخيار »[(١)] بناء على إرادة الوليّ العرفيّ و إلاّ لم يكن لهما الخيار ولقوله في آخره « فإن كان أبوها الّذي زوّجها قبل أن تدرك ؟ قال : يجوز عليها تزويج الأب و يجوز على الغلام » .

و منها صحيح ابن وهب «جاء رجل إلى أبي عبدالله عليه السلام فقال : إنّي كنت مملوكا لقوم و إنّي تزوّجت امرأة حرّة بغير إذن مواليّ ، ثمّ اعتقوني بعد ذلك ، فاُجدّد نكاحي إيّاها حين اعتقت ؟ فقال : أكانوا علموا أنّك تزوّجت امرأة و أنت مملوكٌ لهم ؟ فقال : نعم ، وسكتوا عنّي ولم يعيّروا عليّ ، فقال : سكوتهم عنك بعد علمهم إقرار منهم أثبت على نكاحك الأوّل »[(٢)] .

فلا يبعد أن يقال : نكاح العبد بغير إذن مولاه ليس من قبيل النكاح الفضوليّ و ذلك لأنّه ذكر في بعض هذه الأخبار أنّ العبد دخل بالمرأة و الإمام عليه السلام لم ينكر عليه ، والعقد الفضوليّ ليس كذلك فإنّ المشتري في البيع الفضوليّ لا يجوز له التصرّف في المبيع قبل الإجازة ، و أيضاً في البيع الفضوليّ الظاهر عدم كفاية الرّضا بل لا بدّ من الإنشاء ، و أيضاً عبّر في بعضها « فرّق بينهما » و في الفضولي لم يقع نكاح حتّى يتحقّق التفريق .

و أمّا كفاية سكوت البكر في الإجازة وهي المشهورة بين الأصحاب لصحيح ابن أبي نصر قال : « قال لي أبو الحسن عليه السلام في المرأة البكر : إذنها صماتها والثيّب أمرها إليها»[(٣)].

و حسن الحلبيّ « و سئل عن رجل يريد أن يزوّج اُخته قال : يؤامرها فإن سكتت فهو إقرارها وإن أبت لم يزوّجها[(٤)]» .

---

(١) تقدم آنفاً .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٧٨ و التهذيب ج ٢ ص ٢١١ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٣٩٤ .

(٤) المصدر أيضاً ج ٥ ص ٣٩٣ و ٣٩٤ .

وخبر داود بن سرحان « في رجل يريد أن يزوّج اُخته يؤامرها فإن سكتت فهو إقرارها ، وإن أبت لم يزوّجها [١] » .

و المناقشة فيها بأنّها في الإذن السابقة و المناط غير منقّح دفعت بعدم الخلاف في عدم الفرق وباطلاق الصحيح الأوّل . ويمكن أن يقال : لاإطلاق في الصحيح لإمكان أن يقال : لا يصدّق الإذن في الإجازة اللاّحقة .

و أمّا الثيّب فلايكتفى في إذنها بالسكوت لأنّ الاكتفاء بالسكوت خلاف الأصل واكتفى في البكر من جهة الدّليل ولعلّه يستفاد الفرق من قوله على المحكيّ في صحيح ابن أبي نصر « والثيّب أمرها إليها » إلّا أن يقال : ترك الاستفصال في حسن الحلبيّ و خبر داود بن سرحان يوجب التعميم حيث لم يذكر حال الاُخت من جهة البكارة و الثيبوبة ومع عدم كفاية السكوت في الثيّب يشكل اعتبار النطق بالخصوص فإنّه يتحقّق الإذن والتوكيل بالكتابة.

و أمّا عدم جواز نكاح الأمة إلّا بإذن مولاها ففي صورة كون المولى ذكراً لا إشكال فيه ولا خلاف و إنّما الخلاف في التمتّع بأمة المرأة فذهب الأكثر إلى أنّها كأمة الرّجل لا يجوز بغير إذنها ، وذهب الشيخ في النهاية و التهذيب إلى جواز التمتّع بها بدون إذنها و يمكن الاستدلال به للجواز ما رواه ثقة الإسلام عن سيف بن عميرة ، عن داود بن فرقد ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « لا بأس بأن يتمتّع بأمة المرأة بغير إذنها ، فأمّا أمة الرّجل فلا يتمتّع بها إلّا بأمره » [٢] .

و ما رواه التهذيب في الصحيح ، عن سيف بن عميرة ، عن داود بن فرقد ، عن أبي-عبدالله عليه السلام قال : « سألته عن الرّجل يتزوّج بأمة بغير إذن مواليها؟ فقال : إن كانت لامرأة فنعم ، و إن كانت لرجل فلا » [٣] .

و بهذا الإسناد ، عن سيف بن عميرة ، عن عليّ بن المغيرة قال : « سألت أباعبدالله

---

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٢٣ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٦٤ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ١٨٨ .

عليه السلام عن الرّجل يتمتّع بأمة امرأة بغير إذنها ، فقال : لا بأس به »[١] .

و هذه لا يوجب الاختلاف في سندها إشكالاً إنّما الاشكال مخالفتها لما عدّ من أصول المذهب وهو قبح التصرف في مال الغير بغير إذنه ، مضافاً إلى مخالفته لما دلّ على عدم الجواز إلّا بإذن أهلهنّ ، و إن أمكن التخصيص من هذه الجهة .

و يمكن أن يقال : مع الإذن من طرف الشارع لا يبقى سلطنة للمالك كالإذن في قلع النخلة في قصّة سمرة بن جندب والإذن في التصرّف في جوائز السلطان،والإذن في التصرّف في ما يتعلّق به الخمس إذا انتقل من قبل من لا يعتقد بوجوب الخمس ، والإذن في أكل المارّة من الثمرة المتعلّقة بالغير .

﴿ الرابعة إذا زوّج الأبوان الصغيرين صحّ و توارثا ولا خيار لأحدهما عند البلوغ ، ولو زوّجهما غير الأبوين وقف على إجازتهما ، فلوماتا أو مات أحدهما بطل العقد ولو بلغ أحدهما فأجاز ثمّ مات عزل من تركته نصيب الباقي ، فإذا بلغ وأجاز أحلف أنّه لم يجز للرغبة[٢] و أعطى نصيبه ﴾ .

أمّا صورة تزويج الأبوين الصغيرين فلاإشكال فيها في الصّحة مع ملاحظة المصلحة أو عدم المفسدة بناءً على لزوم المراعاة لولاية الأبوين كما مرّ ولا خيار لهما ، أمّا بالنسبة إلى الصغيرة فالظاهر عدم الخلاف فيه ، وأمّا بالنسبة إلى الصغير فعلى الأصحّ كما مرّ .

وأمّا صورة تزويج غيرالأبوين ممّن لا ولاية له فيكون العقد فيها فضوليّاً يحتاج إلى الإجازة بعد البلوغ إن قلنا بصحّة الفضوليّ ولو مع عدم المجيز في من لم يكن وليّ أو كان وليّ ولم يجز ، فإن ماتا أو مات أحدهما بطل العقد لعدم تحقّق الإجازة و إن أجاز أحدهما بعد البلوغ ، ثمّ مات عزل من تركته نصيب الباقي فإذا بلغ أحلف و أعطى نصيبه ، والدّليل على ما ذكر صحيح الحذّاء قال : « سألت أبا جعفر عليه السلام

---

(١) التهذيب ج ٢ ص ١٨٨ .

(٢) أى فى الميراث .

عن غلام و جارية زوّجهما وليّان لهما وهما غير مدركين ، فقال : النكاح جائز وأيّهما أدرك كان له الخيار و إن ماتا قبل أن يدركا فلا ميراث بينهما ولا مهر إلّا أن يكون قد أدركا و رضيا ، قلت : فإن أدرك أحدهما قبل الآخر ؟ قال : يجوز ذلك عليه إن هو رضي ، قلت : فإن كان الرّجل الّذي أدرك قبل الجارية و رضي بالنكاح ، ثمّ مات قبل أن تدرك الجارية أترثه ؟ قال : نعم يعزل ميراثها منه حتّى تدرك فتحلف بالله ما دعاها إلى أخذ الميراث إلّا رضاها بالتزويج ثمّ يدفع إليه الميراث و نصف المهر . قلت : فإن ماتت الجارية ولم تكن أدركت أيرثها الزّوج المدرك ؟ قال : لا لأنّ لها الخيار إذا أدركت ، قلت : فإن كان أبوها هوالّذي زوّجها قبل أن تدرك ؟ قال : يجوز عليها تزويج الأب و يجوز على الغلام والمهر على الأب للجارية» [1] .

والمراد من وليّين في صدر الرّواية بقرينة ذيلها غير الأب والجدّ من الوليّ العرفيّ كالأخ و العمّ و قد يقال : إنّ اشتمال الرّواية على تنصيف المهر لو قلنا بتمام المهر مع الفرقة بالموت لايضرّ لاحتمال تقديم نصفه الآخر قبل النكاح ، ولا يخفى بعده لعدم تعرّض في السؤال لتقديم نصف المهر قبل النكاح ، و ترك الاستفصال كاف ، بل يكون هذا الخبر من أدلّة القائلين بالتنصيف مع تحقّق الفرقة بالموت ، و قد ذكر هناك أخبار كثيرة داله على التنصيف بالموت و يقال : أيضاً مقتضى الصحيحة أنّه لو بلغ أحدهما و أجاز لزم العقد من جهته فيترتّب عليه في حقّه إن كان زوجاً آثار الزّوجية المعقود عليها من تحريم اُختها و اُمّها والخامسة ، ولو أدركت الزّوجة و ردّت الأب انفسخ من حينه لا من حين الرّدّ قبالاً للاجازة على أحد الوجهين ، ويترتّب عليه أنّه هل يجوز نكاح اُمّها أم لا ؟ وجهان من أنّ النكاح في حقّ الزّوج كان ثابتاً فارتفع بفسخ الزّوجة فتحرم لأنّها اُمّ المعقودة بالعقد الصحيح اللازم من طرف الزّوج ومن أنّ العقد إنّما يتمّ بالطرفين فإذا لم تجز المرأة العقد فكأنّه لم يقع ، وهذا الوجه أقوى لأنّ ما دلّ على تحريم اُمّ المعقود منصرف إلى عقد ثبت صحّته بينهما في آن مّا فيحمل قوله في الصحيحة

---

(۱) الكافي ج ۵ ص ۴۰۱ .

« يجوز ذلك عليه إن هورضي» على أنّه يصير صحيحاً لازماً من طرفه ولا يجوز له فسخه لا ، أنّه يترتّب عليه الأحكام المترتّبة على تحقّق عقد صحيح بينهما الّتي من جملتها تحريم اُمّ المعقودة ، و بعبارة اُخرى دلّت الصحيحة على لزوم العقد من طرفه لاثبوت الزّوجيّة وهو العلاقة المتحقّقة بين الزّوجين في حقّه وجريان أحكام المصاهرة في حقّه قبل فسخها من حيث إنّه مخاطب بوجوب الوفاء بالعقد كما يدلّ قوله في الصحيحة « يجوز ذلك عليه » .

و من جمله آثار هذا العقد الّتي يجب ترتيبها هو عدم التزوّج باُختها و اُمّها والخامسة ، وليس جريان أحكام المصاهرة من جهة دخول المعقود عليها في أفراد الزّوجة حتّى يقال : إنّها منصرفة إلى غيرها ، بل من جهة حكم « أوفوا بالعقود » و تعرّض فقرة المذكورة في الصحيحة .

و يمكن أن يقال : ما وقع عقد بين الطرفين أعني الزّوج والزّوجة بعد ، كما أنّه في البيع الفضوليّ ما وقع عقد بعد بين البايع والمشتري حتّى يجب الوفاء بهمضافاً إلى أنّ وجوب الوفاء يرجع إلى طرف المعاهدة و بمجرّد الاجازة لا يكون المجيز طرف المعاهدة والاجازة على التحقيق شأنه النقل غاية الأمر بعد تحقّقها يحكم بوجوب ترتيب الآثار من قبل ، فقبل تحقّق الاجازة نقطع بعدم تحقّق الزّوجيّة فما معنى حرمة تزوّج الاُخت و حرمة الخامسة ، و جواز النظر إلى الاُمّ و ما معنى الانصراف المذكور فإنّ المنصرف عنه مصداق حقيقة ولا ازدواج في البين لا ظاهراً ولا واقعاً كما أنّه في البيع الفضوليّ لا بيع حقيقةً لا ظاهراً ولا واقعاً ، وبعد الاجازه يحكم بالكشف الحكميّ بمعنى أن يعامل معاملة الزّوجيّة والملكيّة من قبل ، و ما يقال من أنّ معنى وجوب الوفاء بالعقد وجوب ما عليه ولو لم يصل إليه ماله لا نسلّم بل المعاهدة في مثل البيع على الاعطاء والاُخذ لاالاعطاء مجرّداً عن الأخذ .

و كذلك في النكاح فالظاهر أنّ حال الاجازة من أحد الطرفين حال الايجاب قبل مجيىء القبول لا إشكال في جوازها بمعنى صحّتها القابلة لأن يلحقها الاجازة من الطرف و يترتّب الآثار ، ولا يستفاد من جواز ها نفوذها بالنسبة إلى المجيز بمعنى

وجوب ترتيب الآثار عليها .

ثمّ إنّه إذا بلغ أحدهما وأجاز ثمّ مات فالباقي بعده إذا بلغ و أجاز وحلف على أنّ الدّاعي له إلى الإجازة ما كان رغبة في المال أخذ الميراث المعزول والظاهر أنّه يجري عليه أحكام المصاهرة و إن مات الباقي قبل الإجازة فلا شيء و إن مات بعد الإجازة و قبل اليمين فالأقوى عدم الإرث لأنّ اليمين من مكمّلات العقد بحسب النصّ ، ثمّ إنّه إذا كانت المرأة باقية بعد إجازة الرّجل و موته و أجازت و نكلت عن اليمين فمقتضى النصّ حرمانها عن الإرث والمهر ، و إن كان الباقي الزّوج فأجاز ولم يحلف فقد يقال بتعلّق المهر بذمّته لأجل إقراره في ضمن إجازته و إنّما يحرم بنكوله عن اليمين عن الإرث مع أنّ اعتبار اليمين المخالف للأصل ثبت في طرف الزّوجة إذا بقيت بعد الزّوج ، وعلى ثبوت المهر فهل يرث الزّوج منه ؟ الأقوى نعم لاستلزام إجازته استحقاقه مقدار نصيبه من المهر على كلّ تقدير لأنّه إن كان صادقاً في إجازته فارثه ثابت و إن كان كاذباً فجميع المهر له بخلاف غير المهر فإنّه لا يستحقّ نصيبه منها على تقدير كذبه في إجازته ، و يمكن أن يقال : إن كان اعتبار النكاح بعد موت أحد الزّوجين بحسب العقد بعد الإجازة مطابقاً للقواعد بحيث لولا ورود النصّ كان صحيحاً غاية الأمر اعتبر من قبل الشرع اليمين فلابدّ من الاقتصار على مورد النصّ وهو اعتبار حلف خصوص الزّوجة إذا بقيت بعد موت الزّوج و أجازت .

و أمّا من طرف الزّوج الباقي بعد الإجازة فلا دليل على اعتبار الحلف فلا بدّ من ترتّب جميع الآثار من ثبوت المهر والإرث وأحكام المصاهرة بدون الحلف وإن كان اعتبار النكاح من طرف الشارع فقط على خلاف الأصل ، وقطعنا بعدم الفرق بين موت الزّوج والزّوجة فمع نكول الزّوج عن الحلف لاوجه لثبوت المهر عليه حتّى يتكلّم في أنّه هل يستحقّ منه شيئاً من جهة الإرث والإجازة بدون الحلف لا أثر لها حتّى يتمسّك بإقراره في ضمن الإجازة .

﴿الخامسة إذا زوّجها الأخوان برجلين فإن تبرّعا اختارت أيّهما شاءت وإن كانا وكيلين و سبق أحدهما فالعقد له . ولو دخلت بالآخر لحق به الولد و اُعيدت إلى

الأوّل بعد قضاء العدة ، ولها المهر للشبهة و إن اتّفقا بطلا ، وقيل : يصحّ عقد الاكبر﴾.

إن تبرّع الأخوان يكون العقد فضولياً فالاختيار للاُخت و إن كانا وكيلين و سبق أحدهما فالعقد له ويكون عقد الآخر باطلاً ، و مع الدُّخول مع الشبهة اُعيدت إلى الأوّل ولحق به الولد للشبهة ، ولها المهر ، و عليها العدّة . و مع تقارن العقدين المشهور بطلانهما لأنّ الحكم بصحّة أحدهما دون الآخر ترجيح بلا مرجّح .

و يمكن النقض بما لو أسلم الزّوج وله خمس زوجات حيث يحكم باختيار أربع منهنّ فالاحتياط بتطليقها لا الحكم ببطلان النكاح و عدم الحاجة إلى الطلاق ، و أمّا القول بصحّة عقد الأكبر فهو مختار الشيخ في كتابي الاخبار والعلاّمة في المختلف إلّا أن يدخل بها الآخر والأصل في ذلك خبر الوليد بيّاع الاسقاط « سئل أبو عبدالله عليه السلام و أنا عنده عن جارية كان لها أخوان زوّجها الأكبر بالكوفة و زوّجها الأصغر بأرض اُخرى ، قال : الأوّل أحقّ بها إلّا أن يكون قد دخل بها ، فإن دخل بها فهي امرأته و نكاحه جائز [١] » المحمول على صوره الاقتران بمقتضى الأصول كالمحكيّ من عبارة النهاية .

و استشكل في العمل بالرواية من جهة ضعف السند و عدم الجابر ، ويمكن أن يقال : المحمل على المقارنة بعيد لغلبة عدم المقارنة مع ترك الاستفصال مضافاً إلى أنّه كيف يمكن العلم بالمقارنة مع وقوع العقدين في أرضين حيث إنّ المقارنة تتحقّق بمقارنة الحرف الأخير من القبول مع مثله فالأولى حمل العقدين على الفضوليّين فالأولى أن يجيز الأخت عقد أكبر الأخوين و مع الدُّخول بها قد اختارت الدّاخل بها ولا محذور فيه .

﴿ السادسة لا ولاية للاُمّ ، فلو زوّجت الولد فأجاز صحّ ، و لو أنكر بطلت و قيل : يلزمها المهر ويمكن حمله على دعوى الوكالة و يستحبّ للمرأة أن تستأذن أباها بكراً كان أو ثيّباً وأن توكّل أخاها إذا لم يكن لها أبٌ ولا جدٌّ وأن تعوّل على الأكبر

---

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٩٧ . والتهذيب ج ٢ ص ٢٢٣ .

و إن تختار خيرته من الأزواج ﴾ .

أمّا عدم ولاية الاُمّ فلما دلّ على عدم الولاية لغير من ثبت بالأدلّة ولايته كصحيح ابن مسلم «في الصبي يتزوّج الصبيّة يتوارثان قال : إذا كان أبواهما اللّذان زوّجاهما فنعم» [1] وصحيحة الحذّاء المتقدّمة الدّالة على أنّه إذا زوّج الصغير غير الأب وقف التوارث بعد موت أحدهما على بلوغ الباقي و إجازته للنكاح والمخالف الاسكافيّ و قد حكي عن رسول الله صلى الله عليه وآله أنّه أمر نعيم بن نجاح أن يستأمر اُمّ ابنته في أمرها وقال: «اعتمروهنّ في بناتهنّ» . والخبر ضعيف السند فمع عدم الولاية لو زوّجت الولد يكون العقد فضوليّاً يحتاج إلى الإجازة ولو أنكر بطل العقد ، و عن الشيخ أنّه إن ردّ لزمها المهر و استدلّ عليه بخبر محمّد بن مسلم عن الباقر عليه السلام « أنّه سأله عن رجل زوّجته اُمّه و هو غائب قال : النكاح جائز إن شاء الزّوج قبل و إن شاء ترك فإن ترك الزّوج تزويجه فالمهر لازم لاُمّه » [2] .

و عن الشيخ في النهاية الفتوى به لكنّ الرّواية ضعيف السند[3] والمشهور لم يعملوا بها وربما حملت على صورة دعوى الوكالة من الاُمّ ولم تثبت لأنّها حينئذ قد فوّتت البضع على المرأة ، و استشكل بأنّ ضمان البضع بالتفويت مطلقاً ممنوع و إنّما المعلوم ضمانه بالاستيفاء على بعض الوجوه لا مطلقاً ، نعم ذكر في باب الوكالة أخبار و فيها الصحيح دالّة على الضمان بدعوى الوكالة بنصف المهر ، والتعليل بأنّه ضيّع حقّه بترك الإشهاد و هو خلاف ما يظهر من هذه الرواية من ضمان تمام المهر .

و أمّا استحباب استيذان المرأة أباها فللأخبار الّتي سبق ذكرها الظاهرة في أنّ أمرها بيد الأب المحمولة على تاكّد أن يجعل أمرها إليه و هي وإن كان غالبها مختصّة بالبكر لكن في بعضها إطلاق يشمل الثيّب فلاحظ مارواه في الكافي والتهذيب في الصحيح عن محمّد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال : «لا تستأمر الجارية إذا كانت بين أبويها ليس

---

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٢٣ .

(٢) تقدم عن الكافي ج ٥ ص ٤٠١ و ٤٠٢ .

(٣) لان فيه اسماعيل بن سهل الدهقان قال النجاشي والعلامة : ضعفه أصحابنا .

لها مع أبيها أمرٌ، فقال : يستأمرها كلّ أحد ما عدى الأب »[١] .

هذا و لكن يشكل استفادة الاستحباب من تلك الأخبار ، بل هي معارضة مع ما دلّ على استقلال البكر ، و أمّا الثيّب فلا إشكال في استقلالها للأخبار فمع الأخذ بالأخبار الدالّة على الاستقلال و حمل ما يعارضها على الاستحباب يتمّ ما ذكر لكنّه مشكل للإباء عن هذا الحمل .

و أمّا استحباب توكيل الأخ إن لم يكن لها أبٌ أو جدٌّ والتعويل على الأكبر فلمرسل الحسن بن عليٍّ ، عن الرّضا عليه السلام « الأخ الأكبر بمنزلة الأب »[٢] و يستفاد منه التعويل على الأكبر و لعلّه يستفاد ممّا دلّ على أنّ من بيده عقدة النكاح الأخ استحباب توكيل الأخ مطلقاً فتأمّل .

﴿ الفصل الثالث في أسباب التحريم وهي ستّة النسب و يحرم به سبع الأم وإن علت والبنت وإن سفلت والاخت و بناتها و إن سفلن والعمّة و إن ارتفعت و كذا الخالة و بنات الأخ وإن هبطن ﴾ .

السبع المذكورة هي الّتي تضمّنها الآية الشريفة « حرّمت عليكم اُمّهاتكم و بناتكم و أخواتكم و عمّاتكم و خالاتكم و بنات الأخ وبنات الاُخت » ، والمرادبالاُمّ هنا و إن علت هي كلّ امرأة ولدتك أو انتهى نسبك إليها من العلوّ بالولادة لأب كان أو لاُمٍّ ، والمرادبالبنت كلّ من ينتهي إليك نسبها بالتولّد ولو بوسائط والمراد بالاُخت و ابنتهاكلّ امرأة ولدها أبواك أوأحدهما أو انتهى نسبهاإليهما أو إلى أحدهمابالتولّد، و نحوها بنت الأخ .

والمراد بالعمّة فصاعداً هي كلّ انثى هي اُخت ذكر ولدك بواسطة أوغيرواسطة من جهة الأب أو الاُمّ أو منهما .

و المراد بالخالة فصاعداً كلّ انثى هي اُخت اُنثى ولدتك بواسطة أو غيرواسطة والمراد بقولنا « فصاعداً » في العمّة و الخالة لتدخل عمّة الأب والاُمّ وخالتهما وعمّة

(١) الكافى ج ٥ ص ٣٩٣ والتهذيب ج ٢ ص ٢٢١ . والاستبصار ج ٣ ص ٢٣٥ .
(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٢٥ .

الجدّ والجدّة وخالتهما، وهكذا الاعمّة العمّة وخالة الخالة فانّهما قد لا تكونان محرّمتين و قد تكونان محرّمتين ، فامّا بالنسبة إلى العمّة فانّ عمّة العمّة قد تكون محرّمة كما إذا كانت العمّة القريبة عمّته لأبيه واُمّه أو لأبيه ، فعمّة هذه العمّة تكون اُخت جدّه لأبيه فتكون عمّته تحرم عليه مثل عمّته القريبة و قد لا تكون محرّمة ، كما لو كانت عمّته القريبة عمّةً لاُمٍّ بمعنى أنّها اُخت أبيه من الاُمّ فعمّتها حينئذ تكون اُخت زوج جدّته اُمّ أبيه ، و اُخت زوج الاُمّ لا تحرم فاُخت زوج الجدّة أولى .

و أمّا بالنسبة إلى الخالة الخالة فانّ الخالة القريبة قد تكون خالة لأب واُمٍّ أو لاُمٍّ بمعنى أنّها اُخت اُمّه من الأبوين أو من الاُمّ فخالتها على هذا تحرم عليه لأنّها اُخت جدّته لاُمّه .

أمّا لو كانت خالته لأب خاصة بمعنى أنّها اُخت اُمّه من الأب خاصّة فانّها لا تحرم عليه لأنّ اُمّ خالته القريبة تكون امرأة جدّه لا اُمّ اُختها فاُختها تكون اُخت امرأة الجدّ ، و اُخت امرأة الجدّ لا تحرم عليه .

ثمّ لا يخفى أنّ ما تضمنّته الآية الشريفة من التحريم على الرّجال مستلزم للتحريم على النساء فكما يحرم على الرّجل اُمّه يحرم على الاُمّ ابنها .

﴿ **الثاني** الرّضاع و يحرم منه من النسب وشروطه أربعة : الأوّل أن يكون اللّبن عن نكاح فلودرّ أوكان عن زنا لم ينشر ، الثاني الكميّة وهي ما أنبت اللّحم و شدّ العظم ، أو رضاع يوم وليلة ، ولا حكم لمادون العشر، وفي العشر روايتان أشهرهما أنّها لا ينشر ، و لو رضع خمس عشرة رضعة تنشر ﴾ .

الرّضاع من الأسباب الموجبة لحرمة النكاح في الجملة ، و يدلّ عليه كتاب العزيز والنصوص الكثيرة ، وقبل التعرّض لما يعتبر في نشر الحرمة لابدّ من ذكر اُمور أحدها أنّه قد ذهب بعض الأعلام من المتأخّرين إلى أنّه يحرم من جهة الرّضاع ما يحرم من النسب ، سواء كان الحرمة من النسب لذاته كالاُمّ أو الملازمة مع ذلك كاُمّ الأخ من الأبوين الملازمة لكونها اُمّاً له .

و قد ذكر لعدم تماميّة هذا القول بعد تمهيد مقدّمة و هي أنّه كما أنّ القرابة

تكون عند العرف منشأ لانتزاع عناوين خاصّة كالأبوّة و الامومة والأخوّة من العناوين النسبيّة كذلك الرّضاع الّذي هو عبارة عرفاً بل لغةً عن امتصاص الطفل ثدي المرأة لشرب اللّبن يكون عندهم بمنزلة النسب في كونه منشأ لتلك العناوين الخاصّة ، فإذا أرضعت امرأة من لبن فحلها طفلاً يكون ذلك الطفل عندهم بمنزلة ابنهما و يكونان بمنزلة أبويه ويكون ابنهما النبسي بمنزلة أخيه أنّه ليس المراد من قوله ﷺ «يحرم من الرّضاع ما يحرم من النسب» (١) أنّ نفس مايحرم من جهة النسب يحرم من جهة الرّضاع بل المراد أنّ كلّ عنوان من العناوين النسبيّة المحرّمة شرعاً إذا حصل نظيره بسبب الرّضاع يكون حكمه حكمه ، وإنّما عبّر عن هذا المعنى بتلك العبارة للتّنبيه على اعتبار اتّحاد مايحصل بالرّضاع من العنوان صنفاً مع ما يحصل بالنسب من العنوان المحرّم ،فالنبويّ ناظر إلى أدلّة تحريم العناوين النسبيّة ويكون في مقام تنزيل العناوين الحاصلة بالرّضاع منزلة العناوين الحاصلة بالنسب في الحكم ، فيكون المراد من الموصول العناوين الخاصّة النسبيّة الّتي تعلّق بها التحريم في موارد النصوص و معاقد الاجماعات كالأمّ و الأخت دون الأعمّ منها و من العناوين الملازمة لهما كأمّ الأخ والأخت من الأبوين الملازم لعنوان الأمّ ، سلّمنا عدم ظهوره في خصوص المتصّف بالحرمة ذاتاً لكن ظهوره في الأعمّ ممنوع جدّاً ففي غير المتيقّن يرجع إلى الأصول العمليّة .

ويمكن أن يقال : ما ذكر في المقدّمة من إيكال ماذكر إلى العرف يشكل فإنّه ربما يشكّ في صدق الأمومة بامتصاص الصبيّ ثدي المرأة للشرب عشر مرّات أو خمس عشرة مرّة فلابدّ من الرّجوع إلى الشرع فيؤخذ بحكم الشرع تعبّداً كما يؤخذ بحكم الشرع بحصول العادة للحائض برؤية الدّم مرّتين في شهرين بنحو واحد و ما ذكر بعد تمهيد المقدّمة يشكل لأنّه لانجد الفرق بين ما نحن فيه و بين ما قام البيّنة عليه أو أخبر العدل أو الثقة به حيث يلتزمون بترتيب الأثر على ما يكون ملازماً لما قامت البيّنة عليه وما أخبر به العدل أو الثقة مع أنّ الدّليل لا يدلّ إلّا على تصديق البيّنة أو العدل فيما قامت عليه البيّنة أو أخبر به العدل و كذلك في باب الإقرار فإنّ دليل

(١) الفقيه باب الرضاع تحت رقم ٥ .

نفوذ الإقرار لا يدلّ إلّا على نفوذه فيما أقرّ به لا لوازم المقرّ به مع أنّهم يأخذون باللّوازم .

ثمّ إنّه ذكر في ردّ ما تمسّك به لعموم المنزلة من أنّه لا شكّ في أنّ اُمّ ولد البنت من النسب بنت و كلّ بنت محرمة من جهة النسب فينتج أنّ أمّ ولد البنت محرّمة من جهة النسب و تجعل هذه النتيجة صغرى لكبرى اُخرى ، ويقال : كلّ ما يحرم من النسب يحرم من الرّضاع فينتج أنّ أمّ ولد البنت تحرم من الرّضاع إن جعل نتيجة القياس الأوّل صغرى للقياس الثاني لا يصحّ لما عرفت من أنّ المراد من الموصول خصوص العناوين المحرّمة المذكورة في الكتاب والسنّة وليس عنوان أمّ ولد البنت منها بل لا يصحّ التمسّك لعموم المنزلة ولو على كون المراد الأعمّ من العناوين المحرّمة في لسان الشارع و من العناوين الملازمة لها و ذلك لأنّ العناوين الملازمة إنّما تحرم في النسب لأجل ملازمتها للعناوين المحرّمة بالذّات و يقيّد اتّصافها بها ضرورة أنّ اُمّ ولد بنت الشخص مثلاً إنّما تكون محرّمة عليه من جهة النسب بعنوان كونها بنتاً له لا بعنوان كونها اُمّ ولد بنته إذ لا نسب بينها وبين الشخص من جهة هذا العنوان فالمحرّم في النسب هي اُمّ ولد البنت المقيّدة بكونها بنتاً واُخت الأخ المقيّدة بكونها اُختاً و هكذا و من المعلوم عدم حصول هذه العناوين المقيّدة بالرّضاع كي تحرم من جهته كما تحرم من جهة النسب ، و يمكن أن يقال : إذا اتّحد مفهوم البنت على اُمّ ولد البنت فتكون اُمّ ولد البنت منسوبة إلى الشخص بمقتضى الحمل الشايع ولا إشكال في أنّ الموضوع في هذه القضيّة ما صدق عليه اُمّ ولد البنت فقط لا اُمّ ولد البنت المقيّدة بكونها بنتاً فإذا قيل: العالم متغيّر فمفهوم المتغيّر محمول على ما صدق عليه العالم لا بقيد أنّه متغيّر حتّى يصير العالم المتغيّر متغيّر ، فإذا كانت اُمّ ولد البنت منسوبة من جهة اتّحاد مفهوم البنت عليها فاُمّ ولد البنت في الرّضاع تحرم أخذاً بالنبويّ المشهور بناءً على كون المراد الأعمّ .

ثمّ إنّه ذكر أنّه يمكن الاستدلال لعموم المنزلة بما ورد من تعليل النهي عن تزويج أب المرتضع ببعض أولاد المرضعة و أولاد صاحب اللّبن بأنّ ولدها صارت بمنزلة

ولده فإنّ مقتضى تنزيل أولادها أولاداً له هو تحريم كلّ من كان حراماً عليه أو على أولاده و إخوانه و أخواته لو كان أولاد المرضعة أولاداً له حقيقة لأنّه كما تحرم عليه بناتها لأنهنّ صرن بناتاً له ، كذلك يحرمن على جميع أولاده لأنّهنّ صرن أخواة لهم و يحرمن على إخوانه لأنّهم صاروا أعماماً لهنّ .

و اُجيب بما حاصله نفي الإطلاق في التنزيل بلحاظ جميع الآثار تارة من جهة الانصراف إلى خصوص مورد السؤال واُخرى من جهة عدم الظهور فيؤخذ بالقدر المتيقن.

و يمكن أن يقال : لعلّ العرف لا يساعد على ما ذكر فإذا سئل العبد عن إكرام زيد فأجاب المولى بقوله أكرمه لأنّه عالم يستفاد منه وجوب إكرام كلّ عالم لا خصوص زيد وفي باب الاستصحاب مورد السؤال في خبر زرارة الشبهة الموضوعيّة و مع هذا يأخذ القائلون بحجيّة الاستصحاب في الشبهات الحكميّة بالاطلاق مع وجود القدر المتيقّن في مقام التخاطب والحاصل أنّه إذا كان المتكلّم في مقام البيان كما هو مقتضى الأصل فلابدّ من بيان ماله دخل في الحكم و وجود القدر المتيقّن ليس بياناً والانصراف لابدّ أن يكون واضحاً حتّى يكون بمنزلة التقيد .

الثاني من الاُمور أنّ العناوين المحرّمة منها ما يكون تحريمه مستنداً إلى النسب وحده فيكون النسب كالعلّة التامّة للتحريم كالاُمّ والبنت والاُخت ، و منها ما يكون تحريمه مستنداً إلى العنوان المتحصّل من النسب و من غيره فيكون النسب كجزء العلّة كاُمّ الزّوجة الّتي يكون تحريمها مستنداً إلى عنوان المصاهرة المتحصّلة من ثبوت الزّوجيّة بين الرّجل والمرأة و ثبوت النسب بين الزوجة و امرأة اُخرى لا إشكال في سببيّة الرّضاع لنشر الحرمة فيما لوكان العنوان المتحصّل به من قبيل القسم الأوّل و إنّما وقع الإشكال في سببيّته للنشر فيما إذا كان العنوان المتحقّق به من قبيل القسم الثاني ، و من هنا استشكل غيرواحد في حرمة اُمّ الزّوجة واُختها الرّضاعيتين وقد يقال : إنّ الحقّ سببيّته للنشر في هذا القسم أيضاً و ذلك لصحّة استناد تحريماُمّ الزّوجة و اُختها على الزّوج إلى النسب و إذا صحّ استناد التحريم إلى النسب يعمّ إطلاق قوله صلى الله عليه وآله «يحرم من الرّضاع مايحرم من النسب » وتوهّم أنّ المراد بالنسب في

النبويّ هو النسب المتحقّق بين المحرّم والمحرّم عليه يدفعه إطلاق لفظ النسب الموجب للتحريم سواء كان بين المحرّم و المحرّم عليه أم بين أحدهما وزوج الآخر ، و من هنا يصحّ الأخذ بالنبويّ في تحريم مرضعة الغلام الموقب و اُخته وبنته الرّضاعيتين على الموقب بالكسر و تحريم اُمّ الزّوجة و إن كان من جهة المصاهرة لا النسب إلّا أنّهما كانت المصاهرة قائمة بأمرين ثبوت الزّوجيّة وثبوت القرابة والنسب بين الزّوجة وامرأة يكون التحريم مستنداً أيضاً ويكفي في صحّة التنزيل الجزئيّة للموضوع مع إحراز الجزء الآخر بالوجدان .

و يمكن أن يقال : لا إشكال في صحّة استناد التحريم مع عدم كون النسب بمنزلة العلّة التامّة و كونه جزء العلّة لكن مع التشكيك في الأمر السابق والأخذ بالمتيقّن أو دعوى الانصراف كيف يؤخذ بالإطلاق هنا فلقائل أن يقول : إذا نسب التحريم إلى النسب فالقدر المنصرف إليه أو المتيقّن هو صورة كون النسب بمنزلة العلّة التامّة لا جزء العلّة و مجرّد صحّة الاستناد لا يكفي .

الامر الثالث إذا شكّ في اعتبار جزء في نشر الحرمة بالرّضاع فهل مقتضى الاُصول اللّفظيّة والعمليّة هو نشرها بمع عدم تحقّق ذلك القيد المشكوك أو العدم ؟ قد يقوي العدم لأصالة عدم وجود سبب التحريم المانع عن تأثير عقد النكاح حدوثاً وبقاءً ، ولا مجال للتمسّك بالإطلاقات والنبويّ « يحرم من الرّضاع ما يحرم من النسب » لكونها مسوقة لبيان أنّ الرّضاع كالنسب في السببيّة ، وأمّا إنّ السبب ما هو فليس بصدد بيانه ، و يدلّ عليه كثرة التقييدات .

و يمكن أن يقال : أمّا ما ذكر من أصالة عدم وجود سبب التحريم فيشكل من جهة عدم الشكّ في الخارج وهذا نظير الشكّ في تحقّق المغرب باستتار القرص أو ذهاب الحمرة المشرقيّة فيقال بعد تحقّق الاستتار الموجب لوجوب صلاة المغرب إن كان الاستتار فقد تحقّق و إن كان ذهاب الحمرة فلم يتحقّق فأين الشكّ ، نعم يحصل في الموجب لكنّه ليس ذا أثر بل الوجوب مترتّب على أحد الأمرين وليس واحد منهما مورداً للشكّ ففي المقام بعد تحقّق العشر لو شكّ في أنّ الناشر عشر رضعات أو خمس عشرة رضعة

مثلاً لا شكّ في الخارج لأنّ العشر تحقّق قطعاً و خمس عشرة لم تتحقّق قطعاً .

و أمّا ما ذكر من عدم الإطلاق فإن كان مجرّد الاحتمال أعني احتمال عدم كون المتكلّم في مقام البيان كافياً في عدم الإطلاق أشكل الأمر في كثير من المطلقات الفاقدة لذكر القيود أو الاستثناء الموجبة للعلم بكونه في مقام البيان و إن كان الأصل كونه في مقام البيان إلاّ أن يحرز من الخارج خلافه فليس في مقامنا مايظهر منه عدم كونه في مقام البيان ، هذا مع أنّ هذا لا يجتمع مع القول بعدم الحاجة إلى مقدّمات الحكمة و إحراز كون المتكلّم في مقام البيان ، بل يقال : الأصل يقتضي تعلّق الحكم بمتعلّقه بالذّات لا بالعرض والمجاز فإذا قال المولى لعبده : أكرم العالم وشكّ في اعتبار العدالة تقول لو كان للعدالة مدخليّة لكان تعلّق الوجوب بإكرامه بالعرض والمجاز لأنّ المتعلق بالمركب تعلّقه بالجزء ليس بالذّات بل بالعرض و إن كان ماذكر محلّ تأمّل ، هذا مع أنّ إنكار الإطلاق هنا كيف يجتمع مع الأخذ بالإطلاق من جهة تمام السبب و جزء السبب للتحريم .

و أمّا ما ذكر من الاستدلال بكثرة التقييد على عدم كونه في مقام البيان فالظاهر أنّها لا تضرّ بالإطلاق مع كون الباقي أكثر ممّا خرج ، نعم قد سبق أنّه إذا كان اللاّزم حصول مماثل العناوين الحاصلة بالنسب بالرّضاع كالامومة و الأخوّة والبنوة فكثيراً يحصل الشكّ في حصولها بالرّضعات ، فلا مجال للأخذ بالإطلاق .

واما الشروط : فمنها أن يكون اللّبن عن نكاح فلا عبرة بما إذا درّ لا عن وطي أو عن وطي بالزّنا ، واستدلّ عليه بالأخبار .

منها صحيحة عبدالله سنان و حسنه بابن هاشم قال: : « سألت أباعبدالله عليه السلام عن لبن الفحل قال عليه السلام : هوما أرضعت امرأتك من لبنك ولبن ولدك ولد امرأة اُخرى وهو حرام » [1] .

و منها صحيحة بريد العجلي عن الصادق عليه السلام « كل امرأة أرضعت من لبن فحلها ولد امرأة اُخرى من غلام أو جارية فذلك الرّضاع الّذي قال رسول الله صلى الله عليه وآله

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٤٠ .

يحرم من الرّضاع ما يحرم من النسب »[1] .

و رواية يونس بن يعقوب ، عن امرأة درّ لبنها من غير ولادة فأرضعت ذكراناً و إناثاً أيحرم بذلك ما يحرم من النسب ؟ فقال عليه السلام : لا »[2] .

والظاهر أنّه لا بدّ أن يكون اللّبن عن حمل فإن اللّبن المضاف إلى الفحل والولد ما تكون بعد الوطي والعلوق و الحمل وتخلق الولد. والأصل في القيود الاحترازيّة ولا يبعد عدم اعتبار خصوص الوطي و كفاية حصول الولد من ماء الرّجل بدون الوطي كما لو سبق ماؤه بالملاعبة مع المرأة فحملت لأنّ المناط إضافة اللّبن إلى الفحل والولد .

و هل يعتبر في النشر انفصال الولد أو يكفي الحمل ؟ قولان قد يقوي الثاني لا من جهة إطلاق الأدلّة بل لقوله عليه السلام على المحكي في صحيحة بريد المتقدّمة « كل امرأة أرضعت من لبن فحلها ـ الخ ».

و صحيحة ابن سنان المتقدّمة « ما أرضعت امرأتك من لبنك و لبن ولدك » و يشكل من جهة الشكّ في صدق الولد على الحمل . ودفع هذا الاشكال بأنّ عدم صدق الولد على الحمل عرفاً لا يقتضي عدم صدق لبن الولد على اللّبن الموجود حال الحمل مشكلٌ فإنّه كيف يضاف اللّبن الموجود إلى ما يتولّد بعد مدّة ولا أقلّ من الشكّ مضافاً إلى رواية يونس بن يعقوب المتقدّمة ، والاشكال فيها بضعف السند مشكلٌ فإنّ هذه الرّواية رواها في الكافي و رواه الصدوق باسناده ، عن ابن أبي عمير ، عن يونس بن يعقوب و روى الشيخ ، عن يعقوب بن شعيب قال: « قلت لأبي عبدالله عليه السلام : امرأة درّ لبنها من غير ولادة فأرضعت ذكراناً و إناثاً أيحرم من ذلك ما يحرم من الرّضاع فقال لي لا »[3] .

---

(١) الفقيه باب الرضاع رقم ٥ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ۴۴٦ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٠٦ والفقيه باب الرضاع تحت رقم ٢٢ . والكافي ج٥ ص ۴۴٦ .

و بهذا الخبر استدلّ العلامة في التذكرة على أنّ لبن الأحبال لا حرمة له ، وقد يحمل رواية يونس على ما إذا درّ اللبن لا عن حمل ، ويقال في جواب من يتوهّم أنّه لا وجه لهذا الحمل مع كون الرّواية أخصّ بل لابدّ من تخصيص المطلقات أنّ الصحيحتين المتقدّمتين حيث تكونان في مقام التفسير والبيان تكونان كالنصّ الصريح في الإطلاق فلا محيص عن الأخذ باطلاقهما بماله من الحدود والقيود إلّا فيما قام دليل قطعيّ على الخلاف كما في المملوكة والمحلّلة حيث لا خلاف في شمول الوطي الصحيح للوطي بملك اليمين والتحليل أيضاً مع عدم صدق لبن فحلها ولبن امرأتك .

و يمكن أن يقال : الصحيحتان ليستا كذلك ألا ترى أنّ ظاهرهما كفاية مجرّد الإرضاع بدون تعيين الكمّيّة والمقدار مع اعتبار الكمّيّة بحسب الأدلّة ، ثمّ إنّه لا إشكال في نشر الحرمة بالارتضاع من المملوكة والمحلّلة ، وإنّما الإشكال في الوطي بالشبهة من جهة عدم شمول الصحيحتين مع أنّ المشهور إلحاقه بالوطي الصحيح و لعلّ نظرهم إلى المطلقات فمع الإشكال في إطلاقها من جهة عدم كونها في مقام البيان يشكل نشر الحرمة إلّا أن يدلّ دليلٌ على ترتّب جميع ما يترتّب على الوطي الصحيح على الوطي بالشبهة .

ثمّ إنّه هل يعتبر في انتشار الحرمة شرب اللّبن على نحو الامتصاص من الثدي أولا ؟ قولان قد يقوي الأوّل لاختصاص الارتضاع عرفاً و لغة به و عدم صدقه على الشرب بالوجور (١) ولاأقلّ من الشكّ فيرجع إلى الأصل ، وقيل: بالاكتفاء بالوجور و شرب المحلوب منه و لعلّه إمّا لدعوى صدق الارتضاع وإمّا لدعوى تنقيح المناط وانّ علّة الموجبة للتحريم هي إنبات اللّحم و شدّ العظم كما يظهر من غير واحد من الأخبار و أمّا لصريح المرسل عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « وجور الصبي اللّبن بمنزلة الرّضاع » (٢) .

و استشكل بمنع صدق الإرتضاع ، و على فرض التسليم لا يجدى مع الانصراف

---

(١) الوجور : الصب فى الحلق .

(٢) الفقيه باب الرضاع : ٢٣ .

إلى خصوص الامتصاص ومنع كون العلّة مطلق الإنبات والشدّ بل العلّة الانبات والشدّ الحاصلان بالامتصاص ، و ضعف المرسل المذكور مع عدم الجابر بل وجود الموهن لاعراض المشهور ، وأورد على المرسل بمعارضتها برواية زرارة عن الصادق عليه السلام «لا يحرم من الرّضاع إلّا ما ارتفعا من ثدي واحد حولين كاملين»(١) حيث إنّها صريحة في اعتبار الارتضاع ، وأجيب بأنّ المرسلة ناظره إلى ما هو الموضوع للحكم في الرّواية المزبورة فتكون حاكمة ، و ثانياً بأنّ ما تضمّنته الرّواية من تحديد مقدار الرّضاع بالحولين خلاف الإجماع وضعّف الجواب بأنّ المرسلة إنّمادلّت على أنّ الوجور بمنزلة الرّضاع لا أنّه بمنزلة الارتضاع و إمكان أن يكون التقييد بالحولين في الرّواية للدّلالة على إعتبار كون الرّضاع قبل الفطام فيكون الحولان ظرفاً لأصل الرّضاع لا لمقداره و يشكل التضعيف المذكور حيث إنّ ار ّضاع والارتضاع مثل الكسر والانكسار ، فإذا دلّ الدّليل على أنّ الوجور بمنزلة الرّضاع كفى في الحكومة ، و حمل الحولين على ماذكر بعيد لا يصار إليه ، ثمّ أورد على الرّواية المذكورة بأنّ ما تضمّنته من اعتبار اتّحاد المرضعة في نشر الحرمة بين المرتضعين وعدم كفاية اتّحاد الفحل خلاف الإجماع المدّعى في كلام بعض و لما دلّ على كفاية اتّحاد الفحل ، ثمّ وجّهت الرّواية بأن يقال : إنّ لفظة « واحد » ليست صفة للثدي بل صفة للرجل المحذوف ، والمعنى إلّا ما ارتضعا من ثدي يكون مختصّاً برجل واحد .

و لقائل أن يقول : هذا التوجية لا يناسب مع وصف الثدي بالواحد بل يناسب مع الإضافة و حيث لم يعلم كيفيّة الصدور من الإمام عليه السلام بأيّ نحو كانت لا مجال للاستدلال بها، ثمّ إنّه يعتبر في اللّبن أن يكون من امرأة واحدة ومن فحل واحد فلو انتفى أحد الأمرين فلا نشر ، و يدلّ على ذلك قوله عليه السلام في موثّقة زياد بن سوقة الآتية لا يحرّم الرّضاع أقلّ من رضاع يوم و ليلة أو خمس عشرة رضعة متواليات من امرأة واحدة من لبن فحل واحد. وقوله عليه السلام في صحيحة بريد العجليّ المتقدّمة «كلّ امرأة أرضعت من لبن فحلها ولد امرأة اُخرى من جارية أو غلام فذلك هو الرّضاع الّذي قال رسول

(١) الفقيه : ١٢ .

الله ﷺ : يحرم من الرّضاع ما يحرم من النسب » .

والمرادمن فحلهاالشخصي لاالنوعي بقرينة قوله بعدذلك «وكل امرأة أرضعت من لبن فحلين كانا لها واحداً بعد واحد فان ذلك الرّضاع ليس بالرّضاع الّذي قال رسول الله ﷺ : ولا يعارض ما ذكر بعض الأخبارالمتطلقة لعدم التعارض بين المطلق والمقيّد .

و من شروط النشر الكميّة و بلوغ الرّضاع حدّاً خاصّاً فلا يكفي مسمّى الرّضاع . ويدلّ على اعتبارها الأخباروالأصحاب تبعاً لأخبارالباب قدرووا بتقديرات ثلاث أحدها التقدير بالأثر و هو ما أنبت اللّحم و شدّ العظم ، و يدلّ عليه الأخبار المستفيضة منها صحيحة عليّ بن رئاب ، عن أبي عبدالله عليه السلام « قلت : ما يحرم من الرّضاع ؟ قال : ما أنبت اللّحم و شدّ العظم ، قلت : يحرم عشر رضعات ؟ فقال : لا ، لأنّها لا تنبت اللّحم ولا تشدّ العظم » (١) .

ويظهر من بعض الأخبار التحديد بما أنبت اللّحم والدّم كخبر حمّاد بن عثمان في الصحيح أو الحسن عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « لا يحرم من الرّضاع إلّا ما أنبت اللّحم والدّم (٢) » .

و قد يقال في دفع المعارضة بإمكان أن تكون بين إنبات اللّحم والدّم و بين اشتداد العظم ملازمة وجوداً و عدماً ومعه لا علم بالمعارضة و عليه فلو علم بانبات اللّحم والدّم تعيّن الحكم بالنشر ولو لم يعلم باشتداد العظم و ذلك لاطلاق مادلّ على النشر به السالم عمّا يعارضه عدى أصالة عدم الاشتداد وهي لاتصلح لمعارضة الإطلاق .

و يمكن أن يقال : مع التحديد بالحدّ الخاصّ لابدّ في ترتيب الأثر من إحراز الحدّ ، و مجرّد احتمال كون حدّ خاصّ آخر ملازماً مع الحدّ لا يوجب ترتيب الأثر ولا مجال لأن يقال : لا مانع من الأخذ بكلا الحدّين كما في حدّ الترخّص

---

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٠٣ .

(٢) » » » »

للمسافر للتعبير بأنّه : لايحرم إلّاما أنبت ـ إلخ . والحمل على الحصر الاضافي بعيدٌ ، و ما يقال من إمكان إحراز حصول الاشتداد بذلك الاطلاق ينافي ما هو المعروف من أنّ أصالة العموم والاطلاق يؤخذ بها مع الشكّ في المراد لا فيما كان المراد معلوماً ، ولا مجال لجعل أحدهما طريقاً إلى الآخر لعدم أعرفيّة أحدهما من الآخر ، مضافاً إلى أنّه لم يظهر طريقيّة أحدهما المعيّن والطريق لا بدّ من معرفته والّذي يسهل الخطب الرّجوع إلى عدد الرّضعات أو الارضاع يوماً و ليلة .

الثاني من التقديرات التقدير بالزّمان والمعروف أنّه يوم وليلة، و يدلُّ عليه موثّقة زياد بن سوقة قال : « قلت لأبي جعفر عليه السلام هل للرّضاع حدٌّ يؤخذ به ؟ فقال: لا يحرم الرّضاع أقلّ من رضاع يوم و ليلة أو خمس عشر رضعة متواليات من امرأة واحدة من لبن فحل واحد ولم يفصل بينها رضعة امرأة غيرها ـ الخبر » [1] .

ولامجال للخدشة في السند من جهة عمّار بعد كونها معمولاً بها ، واشتمال السند على ابن محبوب الّذي هو ممّا أجمع الأصحاب على تصحيح ما يصحُّ عنه ، و مقتضى إطلاقها الاكتفاء بما هو المتعارف من الرّضاع في اليوم واللّيلة فلا يعتبر إكمال الرّضعة في كلّ مرّة بل يكفي الاكمال بمرّة اخرى ولاالتوالى فلو تخلّل بين رضعاته يسير من الطعام بحيث لايغني عن شرب ما اعتاده من اللّبن ينشر الحرمة ولا ينافي في ذلك قوله: « متواليات » لظهور كونه قيداً للتقدير الثاني ولو منع ذلك و قيل بالاجمال لاحتمال رجوعه إلى التقديرين يرجع إلى إطلاق صحيحة بريد العجليّ المتقدّم .

و يمكن أن يقال: لا إطلاق للصحيحة لأنّ مقتضى إطلاقه الاكتفاء بالمسمّى ، و يمكن أن يكون الدّليل متعرّضاً للتحديد من جهة دون جهة اُخرى فاذا بني على التشكيك في أمثال المقام أمكن التشكيك فيه إلّا أن الرّجوع إلى تقدير الأوّل لعلّه لايطابق القواعد العربيّة لعدم ذكر العدد فيه حتّى يصحّ وصفه بالجمع. وقد يقال: تكفي في صدق يوم وليلة التلفيق ولو شكّ في ذلك ترجع إلى إطلاق الصحيحة و وجه الصدق أنّه يفهم من التعبير بيوم و ليلة مقدارهما بحسب الزّمان ألا ترى أنّه يقال : سافرت يوماً

(١) التهذيب ج٢ ص ٢٠٢ .

و ليلة ولو مع عدم وقوع ابتداء المسافرة في ابتداء اليوم و لازم ذلك كفاية إرضاع أربع وعشرين ساعة تقريباً ولو كان تمام المدّة ليلاً أو نهاراً كما في البلاد القريبة من القطب والأخذ بإطلاق الصحيحة الكلام فيه ما ذكر آنفاً .

الثالث من التقديرات التقدير بالعدد وقد اختلف فيه الأصحاب لاختلاف أخبار الباب فالمحكيّ عن ابن جنيد كفاية رضعة واحدة كاملة مستنداً في ذلك إلى عموم الكتاب والسنّة و خصوص غير واحد من الرّوايات كمكاتبة عليّ بن مهزيار « عمّا يحرم من الرّضاع قال : عليه السلام إذا ارتضع حتّى تملأ بطنه فإنّ ذلك ينبت اللّحم والدّم وذلك الّذي يحرّم »[1] . ورواية السكونيّ والنبويّ « يحرم بالرّضعة ما يحرم الحولان[2] . والعلويّ « الرّضعة الواحدة كالمائة رضعة »[3] .

وهذا القول ضعيف جداً لمعارضة ما استدلّ به عليه من الأخبار مضافاً إلى ضعفها سنداً بالكتابة والإضمار والإرسال و موافقة العامّة بالنصوص الدّالّة على عدم النشر بما دون العشر كرواية الفضيل الموصوفة بالصحّة في كلام بعض عن الباقر عليه السلام قال : « لا يحرم من الرّضاع إلّا ما كان مجبوراً ، قلت : وما المجبور ؟ قال عليه السلام : أُمّ تربّي أو ظئر تستأجر أو أمة تشترى ، ثمّ ترضع عشر رضعات يروّي الصبيّ و ينام »[4] .

و بالنصوص الدّالّة على عدم النشر بما دون خمس عشرة رضعة كصحيحة عليّ بن رئاب و موثّقة زياد بن سوقة المتقدّمتين ، وموثّقة عبيد بن زرارة ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «سمعته يقول عشر رضعات لا يحرمن شيئا ولا ينبغي الإشكال في ترجيح هذه النصوص على تلك الأخبار لما في هذه من الصحّة سنداً والقوّة دلالة و استناد المشهور إليها عملاً بخلاف تلك .

و لقائل أن يقول : مقتضى صحيحة عبد الله بن سنان أو حسنه بابن هاشم و صحيحة بريد العجليّ المتقدّمتين إن قلنا : بأنّهما في مقام البيان من جميع الجهات تؤيّد قول ابن الجنيد وليس فيهما ضعف بحسب السند أو الإضمار أو الكتابة ، و إن

(١و٢و٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٠٤ .

(٤) الفقيه باب الرضاع تحت رقم ١٢ .

قلنا: بأنّهما ليستا في مقام البيان مع جميع الجهات فلامجال للأخذ بإطلاقهما في محلّ الشكّ كما سبق نعم المعارضة باقية على تقدير الإطلاق والمحكيّ عن أكثر المتقدّمين هو التحديد بالعشر مستنداً في ذلك إلى بعض النصوص الدالّة على نشر الحرمة بالعشر إذا كانت متوالية. كرواية الفضيل المتقدّمة، وموثّقة عمر بن يزيد قال: «سألت الصادق عليه السلام عن الغلام يرضع الرّضعة والرّضعتين فقال: لا يحرم فعددت عليه حتّى أكملت عشر رضعات، فقال عليه السلام: إذا كانت متفرّقة فلا»[1].

و رواية هارون بن مسلم، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «لا يحرم من الرضاع إلّا ما شدّ العظم و أنبت اللّحم، و أمّا الرّضعة والرّضعتان والثلاث حتّى بلغ عشراً إذا كنّ متفرّقات فلا بأس ـ الخبر[2]».

والمحكي عن أكثر المتأخّرين هو التحديد بالخمس عشرة رضعة و استدلّ عليه بصحيحة عليّ بن رئاب و موثّقة زياد بن سوقة المتقدّمتين، و في مقام المعارضة مع ما دلّ على كفاية العشر يجاب بتقديم ما دلّ على عدم كفاية العشر لكونهما أصحّ سنداً و أقوى دلالةً منها، فمع تسليم مقاومة مادلّ على كفاية العشر سنداً و دلالةً من جهة ذهاب القدماء إلى الكفاية يقال: إنّ المرجع هو الأصل القاضي بالتحليل لاإطلاقات الأدلّة الدالّة على سببيّة الرّضاع للتحريم من الكتاب و السنّة للمنع عن كونها إلّا في مقام أصل التشريع، ولو سلّم الإطلاق فلا مجال أيضاً لأنّ التمسّك بها في المقام من التمسّك بالعامّ في الشبهة المصداقيّة لما سبق من أنّ المراد من قوله: «يحرم من الرّضاع ما يحرم من النسب» هو تنزيل ما يحصل بالرّضاع من العناوين منزلة ما يحصل منها بالنسب في الحكم. ومن المعلوم أنّ مجرّد تحقّق مسمّى الرّضاع لا يكون عند العرف موجباً لحصول تلك العناوين بل لابدّ من حصولها بها عرفاً من بلوغه إلى مقدار كثير فمع الشكّ في كفاية عشر رضعات لا مجال للتمسّك.

---

(۱) الكافي ج ۵ ص ۴۳۹.

(۲) المصدر ج ۵ ص ۴۳۹ و ۴۴۰.

و يمكن أن يقال : ما ذكر في تفسير النبويّ يشكل من جهة أنّ حصول مثل الاُمومة والاُخوة والبنوّة بنظر العرف كيف يتحقّق برضاع ليلة و يوم و خمس عشرة رضعة إلاّ بالتنزيل وكيف يكون الحكم مرتّباً على مالايتحقّق إلا بالتنزيل ، ويمكن أن يكون المراد أنّ العناوين الحاصلة بالنسب الموجبة للحرمة يتحقّق بالرّضاع بدون اعتبار تحقّقها بنظر العرف فالرضاع في مدّة يوم وليلة يوجب الحرمة بالنسبة إلى الفحل لأنّه صاحب اللّبن و بمنزلة الاب كما في الأب النسبي و يوجب الحرمة بالنسبة إلى المرضعة لأنّها بمنزلة الاُمّ النسبيّة و بالنسبة إلى أولادهما النسبيّة لأنّهم بمنزلة الاُخوّة النسبيّة فليس إحراز العناوين الخاصّة على المكلّف حتّى يقال : إنّه مع الشكّ في حصولها لامجال للتمسّك بالدّليل للشبهة المصداقيّة ومع تعارض الأخبار لايبعد حمل ما يدلّ على كفاية عشر رضعات على التقيّة من جهة بعض أخبارالباب وهو ما رواه عبيدبن زرارة[1] في الصحيح - إلى أن قال - فقلت : « وما الّذي ينبت اللّحم و الدّم ؟ فقال : كان يقال عشر رضعات» وإن كان يشكل هذا من جهة اختلاف أقوال العامّة لأنّ المنقول من الشافعيّ و أحمد بن حنبل الاكتفاء بخمس رضعات ، و فيهم من قال بثلاث ، واكتفى مالك و أبوحنيفة بالرّضعة الواحدة ونقل العامّه في صحاحهم عن عائشة أنّه كان في القرآن عشر رضعات محرّمات فنسخت تلاوته و في رواية اُخرى عنها قالت: كان في ما اُنزل من القرآن عشر رضعات معلومات يحرّمن، ثمّ نسخ بخمس معلومات[2]» فكيف يحمل الأخبار الدّالّة علي العشر على التقيّة مع أن مشاهير علمائهم لايقولون به مضافاً إلى الشهرة بين القدماء فلابدّ من التخيير و الأخذ بأحد الطرفين و لا تصل النوبة إلى الأصل ولا الأخذ بالأخبار الدالّة على الخمس عشرة رضعات .

ثمّ إنّه ذكر في المقام إشكال وتنبيه على مايمكن أن يتفصي به أمّا الاشكال فحاصله هو أنّ أخبار التقديرات الثلاث حيث تكون في مقام البيان و إناطة التحريم بما ذكر فيها من التقديرات على وجه يدور مدارها وجوداً و عدماً ينحلّ كلّ واحد منها إلى

---

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٠٣ .

(٢) ابن‌ماجة تحت رقم ١٩٤٢ وابو داود ج ١ ص ٤٧٦ .

قضيّتين موجبة دالّة على انتشار الحرمة بماذكر فيه من التقدير و سالبة دالّة على عدم الانتشار عند عدم تحقّق ذلك التقدير فيقع بينها التنافي و التعارض.

وأمّا ماقيل في التفصّي فوجوه منها أنّ التنافي بينها إنّما يلزم إذا لم تكن بين التقادير ملازمة وعدم الملازمة غيرمعلوم ومعه لاعلم بالتنافي ولازم هذاالوجه هوالحكم بنشر الحرمة عند حصول أحد الحدود ، وفيه أنّ الانفكاك بين التقدير بالزّمان والعدد في غاية الظهور ، ويمكن الانفكاك أحياناً بين التقدير بإحدهما والتقدير بالأثرلامكان أن لايحصل بشيء من الإرضاع في يوم وليلة وخمس عشرة رضعة الأثر أعني نبات اللّحم وشدّ العظم لأجل وجود مانع من حصوله بأن كان المرتضع مريضاً .

و منها ما عن الفاضل الهنديّ من أنّ التنافي بين الأخبار إنّما يلزم لو كان التقديرات في عرض واحد و ليست كذلك بل التقدير بالأثر هو الأصل و إنّما جعل التقديران الآخران طريقاً إليه ، و يؤيّده بل يدلّ عليه قوله عليه السلام في صحيحة عليّ ابن رئاب المتقدّمة في جواب قول السائل يحرم عشر رضعات لا لأنّها لاتنبت اللّحم و لاتشدّ العظم ، ولازم هذا الوجه انتشار الحرمة بالارتضاع في يوم و ليلة و بخمس‌عشرة رضعة فيما إذا احتمل حصول الأثربهما لامع العلم بعدم حصوله .

و يمكن إن يقال : ما ذكر في الإشكال من التنافي بين التقادير على وجه يدور مدارها وجوداً و عدماً و الإنحلال إلى قضيّتين ـ الخ ، ممنوع فإنّ التقدير بإنبات اللّحم و شدّ العظم أو إنبات اللّحم و الدّم كما في بعض الأخبار فيه الحصر حيث قال عليه السلام على المحكيّ «لايحرم من الرّضاع إلّا ما اشتدّ عليه العظم وأنبت اللّحم»في حسنة ابن أبي عمير[1].

و أمّا التقديران الآخران فلاحصر فيهما معاً فلاحظ موثّقة زيادبن سوقة حيث قال عليه السلام على المحكيّ «لا يحرم الرّضاع أقلّ من رضاع ليوم وليلة أو خمس عشرة رضعة»[2] فلواتّفق رضاع يوم وليلة ولم تكمل خمس عشرة رضعة نشرالحرمة ولواتّفق خمس عشرة رضعة ولم يكمل رضاع يوم وليلة نشرت الحرمة وبعدكونهما طريقين إلى

(۱و۲) الاستبصار ج ۳ ص ۱۹۳ .

التقدير ولم يظهر مخالفة الطريق للواقع فلاإشكال نعم يظهر الحصر في رواية الفضيل عن الباقر عليه السلام حيث قال على المحكي : « لايحرم من الرّضاع إلاّ المجبور ـ الخ » فهذه الرّواية على فرض الأخذ بها في قبال مادلّ على عدم كفاية العشر لايؤخذ بها من جهة الحصر للاتّفاق على عدم لزوم ماذكر فيها من كون المرضعة امّاً أوظئراً أو أمة .

﴿ وتعتبر في الرّضعات قيود ثلاثة: كمال الرّضعة ، وامتصاصها من الثدي وأن لا يفصل بين الرّضعات برضاع غير المرضعة ، الثالث أن يكون في الحولين و هو يراعى في المرتضع دون ولد المرضعة ﴾ .

أمّا كمال الرّضعة فاستدلّ على اعتباره بما رواه الشيخ عن ابن أبي عمير عن بعض أصحابنا رواه عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « الرّضاع الّذي ينبت اللّحم والدّم هو الّذي يرتضع حتّى يتضلّع و يمتلىء وينتهي بنفسه »[1] .

و عن ابن أبي يعفور قال : « سألته عمّا يحرم من الرّضاع قال : إذا رضع حتّى يمتلي بطنه فإنّ ذلك ينبت اللّحم والدّم و ذلك الّذي يحرّم »[2] .

و في حديث الفضيل بن يسار ثمّ يرتضع عشر رضعات يروّي الصبيّ وينام »[3].

و بأنّه المتبادر عند الإطلاق فلولا مخالفة المشهور لأمكن أن يقال : أمّا رواية الفضيل فمع عدم العمل بمضمونه من الاكتفاء بالعشر مشتملة على اعتبار النوم ولايعتبر فكيف يؤخذ بها في اعتبار القيد المذكور .

و أمّا ما رواه الشيخ عن ابن أبي عمير و ما عن ابن أبي يعفور فظاهرهما كفاية الرّضعة الواحدة بالوصف المذكور، وهذا خلاف المشهور فكيف يؤخذ بهما وأمّا التبادر فيمكن منعه ألاترى أنّه لو نهى السيّد عبده عن شرب مايع فهل يتبادر النهي عن الشرب الكامل بحيث لو كان ناقصاً ماخالف السيّد ، وكذا لو نهى الوالد عن شرب مايع . ويشهد لما ذكر قول العلاّمة ـ قدّس سرّه ـ في القواعد في الشرط الآتي لا يشترط عدم تخلل

---

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٠٣ .

(٢و٣) المصدر الصفحه والاستبصار ج ٣ ص ١٩٥ .

المأكول و المشروب بين الرّضعات بل عدم تخلل رضاع و إن كان أقلّ من رضعة إنمع التبادر لا يضرّ تخلّل الرّضاع المذكور ، و ما يقال من أن يجعل تقييد الفصل المنفي بالرّضعة وارداً مورد الغالب حيث إنّ الفصل إذا اتّفق لايكون بأقلّ من رضعة كاملة لم يظهر وجهه ، لكن لامجال لمخالفة المشهور .

و أمّا اعتبار الامتصاص من الثدي فقد مرّ الكلام فيه .

و أمّا اعتبار عدم الفصل برضاع غير المرضعة فيدلّ عليه قوله عليه السلام في موثّقة زياد بن سوقة المتقدّمة « أوخمس عشرة متواليات من امرأة واحدة من لبن فحل واحد، لم يفصل بينها رضعة امرأة غيرها ـ الخ » .

و أمّا اعتبار كون الرّضاع في الحولين فيدلّ عليه النبويّ المعروف « لا رضاع بعد فطام » [1] وفسّر الفطام في بعض النصوص بالحولين كرواية حماد بن عثمان عن أبي- عبدالله عليه السلام «لارضاع بعدفطام قلت : جعلت فداك وما الفطام ؟ قال : الحولان اللّذان قال الله عزّوجلّ» [2] فالمراد من فطام هو زمان الفطام وعليه فلابدّ أن يكون قوله عليه السلام قبل الفطام في رواية عبدالملك «الرضاع قبل الحولين قبل الفطام » عطف بيان لقوله قبل الحولين لاخبراً بعد خبر كي يكون دليلا لاعتبار كلا الأمرين ، وقد يقال الحمل على العطف التفسيري وإن كان خلاف الظاهر لايصار إليه إلّا أنّه لاينفع ابقاؤه على ظاهره لانّ غاية الامر وقوع التعارض بين الظهورين ظهور رواية حمّاد في أنّ المراد بالفطام هو الحولان وظهور رواية عبدالملك في إنّ المراد بالفطام نفسه فيجب الرّجوع إلى إطلاق صحيحة بريد المتقدّمة القاضي بنفي اعتبار الفطام بنفسه .

ويمكن أن يقال على فرض تسليم إطلاق صحيحة بريد من جميع الجهات إن كان النظر إلى مرجّحيّته فمع لزوم كون المرجّح سنّة قطعيّة كيف تكون مرجّحة مع عدم قطعيّتها و إن كان النظر إلى مرجعيّته فلا يكون المطلق كالاصل ليس في مرتبة

---

(١) الكافي ج٥ ص ٤٤٣ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٤٣ والتهذيب ج ٢ ص ٢٠٥ .

دليل اجتهادي بل هو طرف المعارضة غاية الأمر مع عدم خاص موافق له يقدم الأخص المخالف له للأظهرية و مع وجوده يقع التعارض بين العام و الخاص الموافق و بين الخاص المخالف ، لكن الّذي يسهل الخطب أنّ الخبر المفسّر للفطام ليس ظاهراً بل هو نص فمع حجّيته لاوجه لرفع اليدعنه مع قابليّة الخبر الآخر للحمل على العطف التفسيري ، ثمّ إنّ المعروف رعاية الحولين بالنسبة إلى المرتضع بأن يكون ارتضاعه قبل تمام الحولين من ولادته لا بالنسبة إلى ولد المرضعة الّذي يكون اللّبن من ولادته و استدلّ بظهور الخبر الدّال على اعتبار كون الرّضاع قبل الفطام بالنسبة إلى المرتضع و لا أقلّ من عدم ظهوره بالنسبة إلى ولد المرضعة فنرجع إلى الإطلاقات أو أصالة تحقّق عدم ناشر الحرمة ، و لعلّ دعوى الظهور بالنسبة إلى المرتضع من جهة أنّ الرّضاع متعلّق بالمرتضع لا بولد المرضعة فلامجال لصرف الفطام إلى خصوص ولد المرضعة فيكون مخصوصاً بالمرتضع أو مطلقاً فنأخذ بالقدر المتيقّن و استدلّ على هذا بماورد من أنّه سئل عليه السلام « عن امرأة أرضعت جارية لها أكثر من سنتين لتحرم على زوجها أيفسد ذلك بينهما ؟ فقال عليه السلام : لا لأنّه رضاع بعد الحولين »[1].

فإذا كان إرادة حولي رضاعه من الحولين قدراً متيقّناً يحتاج إرادة حولي رضاع ولد المرضعة منه أيضاً إلى لحاظين لحاظ ابتداء حولي رضاع المرتضع و لحاظ ابتداء حولي رضاع ولد المرضعة إذ لاجامع بينهما ، ويمكن أن يقال كما يتصوّر الجامع بين أفراد الحولين بالنسبة إلى المرتضعين كذلك لامانع من تصوّره بين ولد المرضعة والمرتضع ولاحاجة إلى لحاظين فهل وجود قدر المتيقّن مانع عن الأخذ بالإطلاق كما في كلام بعض الأعلام في الأصول أو لايمنع كما في كلام بعض آخر منهم .

﴿ الرّابع أن يكون اللّبن لفحل واحد فيحرم الصبيّان يرتضعان بلبن واحد و لو اختلف المرضعتان ، ولا يحرم لو رضع كلّ واحد من لبن فحل آخر و إن اتّحدت المرضعة ﴾ .

المشهور أنّه يعتبر في نشر الحرمة بين المرتضعين من مرضعة واحدة إتّحاد الفحل

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٠٤ . والاستبصار ج ٣ ص ١٩٧ .

الّذي ترتضعان من لبنه فمع عدم الاتّحاد لاتحرم المزاوجة بينهما فالعبرة بالاخوّة من جهة الاب في نشر الحرمة دون الاُمّ و يدلّ على ذلك صحيحة الحلبيّ قال: «سألت أبا عبدالله عن الرّجل يرضع من امرأة وهوغلام أيحلّ له أن يتزوّج اُختها لاُمّهامن الرّضاعة فقال: إن كانت المرأتان رضعتا من امرأة واحدة من لبن فحل واحد فلايحلّ وإن كانت المرأتان رضعتا من أمرأة واحدة من لبن فحلين فلابأس»[1].

و موثّقة عمّار الساباطيّ، عن ابن محبوب بواسطة هشام بن سالم قال: «سألت أباعبدالله عليه السلام عن غلام رضع من امرأة أيحلّ له أن يتزوّج اُختها لأبيها من الرّضاعة قال: فقال: لا، فقد رضعتا جميعاً من لبن فحل واحد من امرأة واحدة، قال: قلت: فيتزوّج اُختها لاُمّها من الرّضاعة؟ فقال: لا بأس بذلك إنّ اُختها الّتي لم ترضعه كان فحلها غير فحل الّتي أرضعت الغلام فاختلف الفحلان فلابأس - الخبر»[2].

والمخالف في المسئلة أبوعليّ الطبرسيّ صاحب التفسير- قدّس سرّه - وصاحب الوافي و لعلّه لعموم قوله تعالى «وأخواتكم من الرّضاعة» و عموم قوله صلّى الله عليه وآله «يحرم من الرّضاع مايحرم من النسب» وعموم قول الرّضا عليه السلام على المحكيّ في حديث محمّد بن عبيدة الهمدانيّ «فما بال الرّضاع يحرم من قبل الفحل ولايحرم من قبل الاُمّهات[3]» واُجيب بأنّ العمومات يجب تخصيصها بالأخبار الخاصّة، و أمّا معارضتها مع الخبر المذكور و ترجيحه عليها بمخالفتها للكتاب و احتمال حملها على التقيّة لا يصحّ مع ترجيحها عليه سنداً ودلالة وجهة لتعدّدها وصحّة بعضها ووثاقة الآخر بخلافه حيث إنّه ضعيف السند ولم يعمل به المشهور، وموافق للعامّة على ماحكي من مذهبهم.

و أمّا ترجيحه من جهة موافقة الكتاب و السنّة و مخالفتها فهو فرع الإطلاق فنقول: لا إطلاق لهما، ويمكن أن يقال: أمّا الإشكال من جهة ضعف السند فلموجه و كذلك من جهة موافقة العامّة.

---

(۱) الكافى ج ۵ ص ۴۴۳ .
(۲) التهذيب ج ۲ ص ۲۰۵ . والكافى ج ۵ ص ۴۴۲ .
(۳) التهذيب ج ۲ ص ۲۰۵ .

و أمّا من حيث الدّلالة فالظاهر إباؤه عن التخصيص و الإشكال في إطلاق قوله تعالى «وأخواتكم من الرّضاعة» وقوله ﷺ على المحكيّ «يحرم من الرّضاع-الخ» مشكلٌ فإن فتح هذا الباب يوجب سقوط نوع المطلقات عن الحجّية بحسب إطلاقها و قد تمسّك في أوائل مبحث الرّضاع في مسئلة شمول النبويّ بإطلاقه النسب الّذي يتحقّق به المصاهرة إلى أنّ هذا الكلام كيف يجتمع مع القول بعدم الحاجة إلى مقدّمات الحكمة كما سبق هذا الكلام.

﴿ ويستحبُّ أن يتخيّر للرّضاع المسلمة الوضيئة العفيفة العاقلة، ولو اضطرّ إلى الكافرة استرضع الذّمّية ويمنعها من شرب الخمر ولحم الخنزير، ويكره تمكينها من حمل الولد إلى منزلها، و يكره استرضاع المجوسيّة ومَن لبنها عن زنى و في رواية إذا أحلّها مولاها طاب لبنها ﴾.

الظاهر من كلماتهم استحباب اختيار المرأة الموصوفة بالأوصاف المذكورة من مثل قول الباقر عليه السلام على المحكيّ قال رسول الله ﷺ «لاتسترضع الحمقاء والعمشاء فإنّ اللّبن يعدي وإنّ الغلام ينزع إلى اللّبن- يعني إلى ظئر في الرّعونة والحمق[1]».

و ما عن الصادق عليه السلام «كان أمير المؤمنين عليه الصلاة والسلام يقول: لاتسترضع الحمقاء فإنّ اللّبن يغلب الطباع، وقال رسول الله ﷺ: لاتسترضع الحمقاء فإنّ الولد يشبّ عليه[2]».

وقال أيضا: قال أمير المؤمنين صلوات الله عليه: «اُنظروا من ترضع أولادكم فإنّ الولد يشبّ عليه»[3].

و ما عن الهيثم عن محمّد بن مروان قال: «قال لي أبوجعفر عليه السلام: أسترضع لولدك بلبن الحسان، و إيّاك والقباح فإنّ اللّبن قد يعدي[4]».

---

(١) الفقيه باب الرضاع تحت رقم ١٩.

(٢) الكافى ج ٦ ٤٣.

(٣) المصدر ج ٦ ص ٤٤.

(٤) المصدر ج ٦ ص ٤٤.

و ما في خبر زرارة « عليكم بالوضاء [1] من الظؤرة فإنّ اللّبن يعدي [2] » .

و ما عن الباقر عليه السلام في حسن ابن‌مسلم « لبن اليهوديّة والنصرانيّة والمجوسيّة أحبّ إليّ من لبن ولد الزّنا ـ الخبر » [3] .

و يمكن أن يقال : المستفاد من الأخبار المذكورة الإرشاد إلى التجنّب عن المذكورات من جهة سراية الأوصاف الخلقيّة إلى الرّضيع لا مثل التهوّد و التنصّر و الشرك الخارج عن الخلقة لا الكراهة كالنهي عن استعمال الماء المشمّس في الطهارة من جهة إيراث البرص ، ولا الاستحباب الشرعيّين ، ولا يبعد استفادة كراهة استرضاع ولد الزّنا ، و جواز استرضاع اليهوديّة و النصرانيّة والمشركة من حسن ابن مسلم المذكور ، و خبر عبد الرّحمن بن أبي عبدالله « سئل الصادق عليه السلام هل يصلح للرّجل أن ترضع له اليهوديّة و النصرانيّة و المشركة ؟ قال : لا بأس و قال : امنعوهنّ من شرب الخمر » [4] .

وقال الحلبيّ : «سئله عن رجل دفع ولده إلى ظئر يهوديّة أو نصرانيّة أومجوسيّة ترضعه في بيتها أو ترضعه في بيته ؟ قال : ترضعة تلك اليهوديّة والنصرانيّة في بيتك و تمنعها من شرب الخمر و ما لايحلّ مثل لحم الخنزير ولا يذهبن بولدك إلى بيوتهن ، والزّانية لا ترضع ولدك فإنّه لا يحلّ لك ، والمجوسيّة لاترضع ولدك إلّا أن تضطرّ إليها » [5] .

و يظهر من هذه الأخبار جوازاسترضاع الكافرة اختياراً و هذا لا يجتمع مع ما هو المعروف من عدم جواز تمكين غير المكلّفين من شرب الأعيان النجسة مع ما هو المسلّم من نجاسة فضلات الكفّار و لعلّه لذا قيّد في المتن الجواز بالاضطرار .

---

(١) الوضاءة : الحسن والنظافة (القاموس) .

(٢) الكافي ج ۶ ص ۴۴ والفقيه باب الرضاع تحت رقم ١٧ .

(٣) الكافي ج ۶ ص ۴۳ .

(۴) الكافي ج ۶ ص ۴۳ .

(۵) الفقيه باب الرضاع تحت رقم ٢٠ .

و أمّا كراهة استرضاع المجوسيّة فلما روى في الكافي عن سعيد بن يسار في الصحيح عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «لا تسترضع الصبي المجوسيّة وتسترضع اليهوديّة والنصرانيّة ولا يشربن الخمر يمنعن عن ذلك». [1] وظاهره الحرمة ، و كذلك لبن الزّانية يستفاد من صحيح الحلبي المذكور حرمة استرضاعها والمعروف الكراهة .

و أمّا الرّوايات الدّالة على طيب لبنها إذا أحلّها مولاها فمنها ما رواه في الكافي عن محمّد بن مسلم في الصحيح أو الحسن عن أبي جعفر عليه السلام قال : « لبن اليهوديّة والنصرانيّة والمجوسيّة أحبّ إليّ من ولد الزّنا ، و كان لا يرى بأساً بولد الزّنا إذا جعل مولى الجارية الّذي فجر بالجارية في حل [2]» .

و منها ما رواه الصدوق باسناده ، عن حريز ، عن محمّد بن مسلم و غيره في الصحيح أو الحسن عن أبي عبدالله عليه السلام «في المراة يكون لها الخادم قد فجرت يحتاج إلى لبنها قال : مرها فلتحلّلها يطيب اللّبن » [3] .

﴿ و هنا مسائل : الاُولى إذا أكملت الشرائط صارت المرضعة اُمّاً و صاحب اللّبن أباً و اُختها خالة و بنتها اُختاً ، و يحرم أولاد صاحب اللّبن ولادة و رضاعاً على المرتضع واولاد المرضعة ولادة لا رضاعاً ﴾ .

قد يقال في ضابطة التحريم في الرّضاع : إنّ المستفاد من قوله صلّى الله عليه وآله « يحرم من الرّضاع ما يحرم من النسب» أنّ كلّ عنوان قد حمل عليه الشارع التحريم من جهة علاقة نسبيّة فهذا العنوان يحرم من جهة نظير تلك العلاقة من الرّضاع فالمراد بـ «ما» الموصولة في الحديث هو عنوان كلّي مشترك بين ما يحصل بالنسب وبين ما يحصل بالرّضاع تعلّق التحريم به من جهة النسبيّة باعتبار بعض أفراده وهو الحاصل بالنسب ، وتعلّق التحريم به باعتبار بعض أفراده من جهة الرّضاع وهو الحاصل بالرّضاع ، ولا يقدح في هذا كون استعمال لفظ ذلك العنوان في الحاصل بالرّضاع مجازياً إذ لم يقع في الكلام لفظ أحد تلك

---

(١) المصدر ج ٦ ص ٤٤ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٤٣ . والفقيه باب الرضاع تحت رقم ٢١

(٣) لم أجده في الفقيه وفي التهذيب ج ٢ ص ٧٩ والكافي ج ٥ ص ٤٣ .

العناوين حتّى يقال : إنّ المراد به خصوص الحاصل بعلاقة النسب بل نقول : إنّه اعتبر مثلاً قدر مشترك بين الاُمّ الرّضاعيّة والنسبيّة و اُريد من الموصول و إن أبيت إلّا عن أنّ المراد بالموصول خصوص العنوانات النسبيّة فلا بدّ في الكلام من تقدير بأن يراد أنّه يحرم من الرّضاع نظير كلّ عنوان من العنوانات النسبيّة الّتي يحرم من جهة النسب و هذا القدر هو الّذي ارتكبه جمع كثير من الفقهاء المتأخّرين في تفسير الحديث .

ثمّ إنّ العنوان الّذي يحرم من جهة النسب ليس إلّا أحدالعنوانات المتعلّق بها التحريم في لسان الشارع كالاُمّ و البنت والاُخت و غيرهنّ من المحرّمات المذكورة في الكتاب والسنّة . و أمّا العنوان المستلزم لاُحدهذه كاُمّ الأخ للابوين المستلزمة لكونها اُمّاً ، أوكاُمّ السبطالمستلزمة لكونها بنتاً ، وكاُخت الأخ للأبوين المستلزمة لكونها اُختاً فليس شيء منهنّ يحرم من جهة النسب إذ لانسب بينهن من حيث هذا العنوان و بين المحرّم عليه فإنّ اُمّ أخ الشخص من حيث أنّها اُمّ أخ ليس نسبة له بل نسبةلأخيه ، والنسبالحاصل بين الشخص وبين نسبه لم يثبت كونه جهة للتحريم ، والشاهد على ذلكأدلّة المحرّماتفإنّ منها يستفاد جهة تحريم المحرّمات إذ لا يستفاد من قوله تعالى « حرّمت عليكم اُمّهاتكم» إلّا أنّ جهة التحريم اُمومة الاُمّ للشخص و أمّا اُمومتها لأخيه أو بنوّتها لجدّيه أوأخواتها الخالية فلم يستفد من دليل كونهما جهة للتحريم .

و يمكن أن يقال : ظاهر ما ذكر لزوم حصول نظير العنوان الحاصل من جهة النسب لدى العرف ، فكلّ عنوان تعلّق به الحرمة من جهة النسبتعلق به الحرمة من جهة الرّضاع أوحصول بعض أفراد العنوان الكلّي الجامع بينالنسبيّ والرضاعيّ و قد سبق الإشكال فيه فكيف يعتبر العرف الاُمومة والاُخوّة مثلاً بمجرّد إرضاع الولد يوماً و ليلة أوخمس عشرة رضعة ، ولا أقلّ من الشكّ .

و ثانياً نقول : ما تعلّق الحرمة في النسب بالعناوين كالاُمومة والاُخوّة والبنوّة مثلاً بل تعلّق الحرمة بالمعنونات بالعناوين كالاُمّهات والأخوات مثلاً فمع اتّحاد أحد

المعنونات مع المعنونة بعنوان آخر بحيث أمكن ترتيب قياس كأن يقال : كلُّ أمّ أخ للأبوين مثلاً اُمٌّ في النسب ، وكلُّ اُمّ محرّمة من جهة النسب ، فكلُّ اُمّ الأخ للأبوين محرمة في النسب . فكذا نظيرتها في الرّضاع و قد سبق في صدر البحث وهذا خلاف المشهور والمقصود أنّ القول بعموم المنزلة في الرّضاع ليس واضح البطلان إلاّ أن يقال في وجه بطلان هذا القول إنّه يلزم منه ما لا يلتزم به و ما هو مخالف لصريح القرآن حيث إنّ لازم هذا القول حرمة بنات عمّ رسول الله صلى الله عليه وآله بسبب رضاعه صلى الله عليه وآله مع عمّه حمزة عند امرأة واحدة بلبن فحل واحد فإنّه بذلك صار أخاً له و استلزم بذلك اُخوّة النبيّ صلى الله عليه وآله بجميع إخوة حمزة فلا يجوز له نكاح أحد من بنات عمّه وهو مخالف لصريح قوله تعالى :«إنّا أحللنا لك أزواجك ـ إلى قوله : ـ وبنات عمّك وبنات عمّاتك » ومخالف لصريح موثّق يونس بن يعقوب قال : سألت أباعبدالله عليه السلام عن امرأة أرضعتني و أرضعت صبيّاً معي ولذلك الصبيّ أخٌ من أبيه واُمّه فيحلُّ لي أن أتزوّج إبنته؟ قال: لا بأس »[1].
إلاّ أن يقال : لا مانع من التخصيص كما يلتزم المنكرون لهذا القول بالتخصيص مثل « لا ينكح أب المرتضع في أولاد صاحب اللّبن » ، و ما ذكر من الإشكال الأوّل يمكن الجواب عنه بعدم لزوم حصول عنوان نظير عنوان المذكور في النسب بنظر العرف بل يكفي حكم الشرع بحصول ذلك العنوان ولذا يتمسّك في موارد الشكّ في نشر الحرمة بالأخبار الخاصّة .

، و أمّا حرمة أولاد صاحب اللّبن نسباً و رضاعاً على المرتضع بخلاف أولاد المرضعة فإنّها يحرم الأولاد النسبيّة دون الرّضاعيّة ، فلأنّ أولاد صاحب اللّبن إخوة له أو أولاد إخوة ، هذا في الأولاد النسبيّة واضح و في الأولاد الرّضاعيّة يدلُّ عليه صحيحة الحلبيّ قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرّجل يرضع من امرأة وهو غلام أيحلُّ له أن يتزوّج اُختها لاُمّها من الرّضاعة ؟ فقال عليه السلام : إن كانت المرأتان رضعتا من امرأة واحدة من لبن فحل واحد فلا يحلُّ ، و إن كانت المرأتان رضعتا من

---

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٠۶ .

امرأة واحده من لبن فحلين فلا بأس[1] » . وموثّق عمّار الساباطيّ و قد تقدّم الكلام .
وممّا ذكر ظهر الفرق بين الأولاد الرّضاعيّة من طرف الأب و بين الأولاد الرّضاعيّة من طرف الأمّ ، وخالف في المسئلة الشيخ الطبرسيّ ـ قدّس سرّه ـ والمحدّث الكاشانيّ .

﴿ الثانية لا ينكح أب المرتضع في أولاد صاحب اللّبن ولادة و رضاعاً لأنّهم في حكم ولده ، و هل ينكح أولاده الّذين لم يرتضعوا في أولاد هذه المرضعة و أولاد فحلها قال في الخلاف : لا ، والوجه الجواز ﴾ .

أمّا حرمة نكاح أب المرتضع فيما ذكر فيدلّ عليها صحيح ابن مهزيار قال : سأل عيسى بن جعفر أبا جعفر الثاني عليه السلام عن امرأة أرضعت لي صبيّاً فهل يحلّ لي أن أتزوّج ابنة زوجها؟ فقال : ما أجود ما سألت من ههنا يؤتى أن يقول النّاس : حرمت عليه امرأته من قبل لبن الفحل لا غير ، فقلت له : إنّ الجارية ليست ابنة المرأة الّتي أرضعت لي هي ابنة غيرها ، فقال : لو كنّ عشراً متفرّقات ماحلّ لك منهنّ شيء وكنّ في موضع بناتك »[2] .

و صحيح الحميريّ قال : كتبت إلى أبي محمّد الحسن بن عليّ العسكريّ عليهما السلام امرأة أرضعت ولد الرّجل هل يحلّ لذلك الرّجل أن يتزوّج ابنة هذه المرضعة أم لا؟ فوقّع عليه السلام : لا تحلّ له »[3] .

و صحيح أيّوب بن نوح قال : « كتب عليّ بن شعيب إلى أبي الحسن عليه السلام امرأة أرضعت بعض ولدي أيجوز لي أن أتزوّج بعض ولدها؟ فكتب عليه السلام : لا يجوز ذلك لأنّ ولدها صار بمنزلة ولدك »[4] و يستفاد من قوله عليه السلام على المحكيّ « من ههنا تؤتى أن يقول الناس حرمت عليه امرأته من قبل لبن الفحل » كفاية. لبن الفحل في

---

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٠٥ .

(٢) المصدر ج ٢ ص ٢٠٥ . والكافى ع ۶ ص ۴۴۲ .

(٣) الفقيه باب الرضاع تحت رقم ٩ .

(۴) الفقيه باب الرضاع تحت رقم ٨ .

الحرمة ولو لم يكن ولادة نسبيّة .

و أما نكاح أولاد أب المرتضع الّذين لم يرتضعوا في أولاد هذه المرضعة و أولاد فحلها فعن الشيخ في الخلاف المنع و المشهور الجواز . وجه الجواز أنّ أولاد المرضعة و أولاد فحلها صاروا إخوة للمرتضع والمحرّم في النسب نكاح الإخوة لانكاح إخوة الإخوة إلّا على القول بعموم المنزلة الّذي لايلتزم به المشهور ، ومستند المنع أنّ أولاد المرضعة إذا صاروا بمنزلة ولد أب المرتضع فهم إخوة لأولاد أب المرتضع ، و قد يقال : التنزيل المذكور لايلازم تنزيل أولاد المرضعة منزلة الإخوة لأولاد أب المرتضع لجواز التفكيك بين المتلازمين بحسب الخارج .

إن قلت : سلّمنا عدم الملازمة لكن مقتضى كون أولادها بمنزلة ولد الأب كونهم بمنزلتهم في جميع الآثار الّتي منها حرمة أولاد الأب عليهم .

قلت : استفادة ذلك من النصوص ممنوعة لأنّ تحريم أولاد الأب على ولده إنّما هو من حيث إخوتهم لولده لامن ولديّتهم للأب فلايكفي التنزيل من الحيثيّة الثانية في ترتيب ما للحيثيّة الأولى من الآثار .

إن قلت : إنّ الاخوّة ليس مفهومها عرفاً بل حقيقة إلّا كون شخصين ولدا الواحد فكون شخص ولداً لأب الشخص أولاً مّه عين كونه أخاً له ، لا أنّه عنوان آخر ملازم كي يقال بامكان التفكيك .

قلت : أولاً كون مفهوم الأخوّة ماذكر ممنوعٌ لأنّ الأخوّة إضافة بين الولدين والولديّة إضافة بين الابن والأب فالأخوّة نسبة مغايرة لذاك المعنى ، ناشئة عنه لاعينه وثانياً سلّمنا ذلك لكن التفكيك بين المتلازمين في مقام التنزيل في غاية الإمكان ودعوى الملازمة العرفيّة بين التنزيلين ممنوعة ، وثالثاً سلّمنا لكن نقول : إنّ الظاهر بقرينة كون السؤال عن جواز تزويج الأب في أولاد المرضعة هو كون الخبر في مقام التنزيل بلحاظ خصوص ما بين الأولاد والأب لا بلحاظ جميع الآثار .

ويمكن أن يقال : أمّا ماذكر من أنّ الأخوّة إضافة ناشئة من الولادة من طرف الأب أو الأمّ مغايرة للاضافة الولديّة ، فهو قابل للمنع لأنّا لا نرى إضافة بين الشخصين

الأخوين إلّا كونهما من أب واحد أو أمّ واحدة .

و أمّا ما ذكر من الأخذ بالقدر المتيقّن في مقام التنزيل فلعلّه خلاف مسلك كثير في الأصول و بناء على مسلك من يقول بعدم الحاجة إلى مقدّمات الحكمة الّتي عدّ منها عدم وجود قدر المتيقّن في مقام التخاطب بنظر بعض الأعلام لايتمّ .

﴿ الثالثة لو تزوّج رضيعة فأرضعتها امرأته حرمتا إن كان دخل بالمرضعة و إلّا حرمت المرضعة حسب ، ولوكان لها زوجتان فأرضعتها واحدة حرمتا مع الدخول ، ولو أرضعتها الأخرى فقولان : أشبههما أنّها تحرم أيضاً . و لو تزوّج رضيعتين فأرضعتهما امرأته حرمن كلّهنّ إن كان دخل بالمرضعة وإلّا حرمت المرضعة ﴾.

لاخلاف ظاهراً في أنّ الرّضاع مع الشرائط كما يوجب مع سبقه حرمة النكاح كذلك يوجب لحوقه حرمة النكاح و فساده بقاءً ويدلّ عليه النبويّ «يحرم من الرّضاع ما يحرم من النسب» و خصوص بعض النصوص كحسنة الحلبيّ بابن هاشم ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « لو أنّ رجلاً تزوّج جارية فأرضعتها امرأته فسد نكاحه»[1].

و نحوها حسنة الأخرى و المحكي عن الفقيه أنّه رواها بسند صحيح .

و يمكن أن يقال : لعلّه يشكل الأمر على من لا يقول بإطلاق النبويّ و الرّوايتان لايثبتان الحكم بقول مطلق لاختصاصهما بمورد خاصّ فمع احتمال أن يكون عدم الخلاف من جهة الأخذ بإطلاق النبويّ و أمثاله كيف يثبت المدّعى مع إنكار الإطلاق .

ويتفرّع على سببيّة الرّضاع لفساد النكاح السابق أنّه لوتزوّج بصغيرة فأرضعتها زوجته الكبيرة بطل نكاح الصغيرة مطلقاً كان بلبنه أولبن غيره ، وكانت الكبيرة مدخولاً بها أم لالصيرورتها بالرّضاع بنتاً للكبيرة فيبطل نكاحها لعدم اجتماع الأمّ والبنت في الزوّجيّة في زمان واحد وحرمت عليه مؤبّداً لوكانت الكبيرة مدخولاً بها لكونها امّا بنتاً أو ربيبة فلاتحرم عليه مؤبّداً لوكانت الكبيرة غيرمدخول بها ، وكان الرّضاع بلبن غيره ، وقدحكي عن بعض المشايخ ـ قدّس سرّه ـ في هذه الصورة بعد حكمه بحرمة

(١) الفقيه باب الرضاع تحت رقم ١٠ و الكافي ج ٥ ص ٤٤٣ واللفظ له .

الكبيرة مؤبّداً بصيرورتها بإرضاع الصغيرة اُمّ الزّوجة بحرمة الصغيرة جمعاً بمعنى بطلان نكاحها مع جواز تجديد العقد ، ثمّ علّل بطلان نكاحهما بعدم جواز الحكم بصحّة نكاحها ، وصحّة نكاح إحديهما ترجيح بلامرجّح .

و أورد عليه بأنّ الحكم بحرمة الكبيرة بناء على ما هو الحقّ و المختار عنده ـ قدّس سرّه ـ من اعتبار بقاء التلبس بالمبدء في صدق المشتقّ حقيقة في غاية الإشكال لأنّ الكبيرة لا تصير اُمّ الزّوجة كي يحكم بحرمتها مؤبّداً لأنّ ارتفاع زوجيّة الصغيرة في مرتبة صيرورة الكبيرة اُمّاً لأنّهما مستندان في عرض واحد إلى علّة ثالثة و هو الرّضاع و لو سلّم نمنع شمول أدلّة حرمة اُمّ الزوّجة لمثل ما كانت الاُمّيّة للزوّجة آنيّة .

ويمكن أن يقال : على ماذكر يشكل الحكم بحرمة الصغيرة أيضاً لعدم كونها ربيبة بمقارنة كونها ربيبة مع ارتفاع زوجيّة المرضعة ثمّ إنّه يمكن الفرق بين تزويج الاُمّ و البنت ابتداءً فالمعروف بطلانه لأنّ الحكم بصحّتهما لا يمكن وصحّة نكاح إحديهما ترجيح بلا مرجّح ، و أمّا النكاح المتحقّق فكيف يحكم ببطلانه بالنسبة إلى كلتيهما مع أنّ المحرّم الجمع ولم لايكون المقام كصورة إسلام الكافر على خمس زوجات فتأمّل .

و أمّا صورة إرضاع الزّوجة الكبيرة الاُخرى بعد إرضاع الكبيرة فقيل فيها بحرمة الثانية أيضاً و قيل بعدم الحرمة ، و الحقّ الثاني ، لعدم صدق المشتقّ حقيقة مع انقضاء المبدء ، وقد يقال بالفرق بين إرضاع الكبيرة الاُولى و إرضاع الثانية بالحرمة في الإرضاع الاُولى لصدق العرفي و إن كان فيها الإشكال المذكور آنفاً ، و يشكل هذا من جهة أنّ صدق العرفي لايفيد مع الإشكال بحسب الدّقّة إلّا أن يتمسّك بمارواه في الكافي بسند ضعيف عن عليّ بن مهزيار ورواه عن أبي جعفر عليه السلام « قيل له: إنّ رجلاً تزوّج بجارية صغيرة فأرضعته امرأته ، ثمّ أرضعتها امرأة له اُخرى فقال ابن شبرمة حرمت عليه الجارية وامرأتاه ، فقال أبو جعفر عليه السلام : أخطأ ابن شبرمة حرمت عليه الجارية الّتي أرضعتها أوّلاً فأمّا الاُخيرة فلا تحرم عليه نكاحها لأنّها أرضعت

ابنتها » (١) .

و ممّا ذكر ظهر حكم مالو تزوّج رضيعتين فأرضعتهما امرأته .

﴿السبب الثالث في المصاهرة و النظر في الوطىء واللّمس ، أما الأوّل فمن وطىء امرأة بالعقد أو الملك حرمت عليه أمّ الموطوءة وإن علت ، وبناتها وإن سفلن سواء كنّ قبل الوطىء أو بعده ، وحرمت الموطوءة على أب الواطي و إن علا و أولاده و إن نزلوا ، ولو تجرّد العقد عن الوطىء حرمت اُمّها عليه عيناً على الأصحّ وبنتها جمعاً لاعيناً ،فلو فارق الأم حلّت البنت﴾ .

من وطأ امرأة بالعقد أو الملك حرمت عليه اُمّ الموطوءة وإن علت و بنتها و إن سفلن سواء كنّ قبل الوطىء أوبعده بلاخلاف ظاهراً ويدلّ عليه قوله تعالى « واُمّهات نسائكم و ربائبكم اللاّتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهنّ » و لو منع عن صدق النساء على الإماء لدعوى الإجماع على عدم الفرق كما أنّه لابدّ من دعوى الإجماع من جهة إمكان منع صدق الاُمّهات على الجدّات بنحو الحقيقة و التعبير بالاُمّهات من باب تلاقي الجمع بالجمع مثل « اغسلوا وجوهكم » قال صاحب المدارك في شرح النافع : هذه الأحكام مجمع عليها بين المسلمين فلا حاجة إلى التشاغل بأدلّتها كما أنّ التقييد بالحجور لامدخليّة له في الحكم لقول عليّ صلوات الله عليه على المحكيّ في خبر غياث بن إبراهيم « الرّبائب عليكم حرام كن في الحجر أم لم يكن » (١) .

وفي رواية إسحاق بن عمّار عنه عليه السلام « الرّبائب عليكم حرامٌ من الاُمّهات التي دخلتم بهنّ في الحجور وغير الحجور » (٢).

و في صحيح ابن مسلم « في رجل كانت له جارية فأعتقت فتزوّجت فولدت أيصلح لمولاها الأوّل أن يتزوّج ابنته ؟ قال : لاهي حرام وهي ابنته و الحرّة و المملوكة في هذا سواء » (٣) .

وفي مرسل جميل في رجل له جارية فوطئها ثمّ اشترى أُمّها أوبنتها قال : لاتحلّ

(١) المصدر ج ١ ص ٣٣٦ .

(٢)و(٣) التهذيب ج ١ ص ١٩٢ .

له أبداً ولاتعارض ببعض النصوص الشاذّة كرواية رزين « قلت لأبي جعفر عليه السلام : رجلٌ كانت له جارية فوطئها فباتها [١] أو ماتت ، ثمّ وجد اُمّها أيطأها ؟ قال : إنّما حرّم الله هذا من الحرائر وأمّا الإماء فلابأس» [٢] .

و خبر الفضيل بن يسار « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل كانت له مملوكة يطأها فماتت ثمّ يصيب بعده ابنتها ؟ قال : لابأس ليست بمنزلة الحرّة [٣] ».

و أمّا حرمة الموطوءة على أب الواطي و إن علا و أولاده و إن نزلوا فيدلّ عليه قوله تعالى و « حلائل أبنائكم » الشامل لمن كانت مدخولٌ بها وغيرها وقوله تعالى «ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم » و صرّحوا بأنّ النكاح حقيقة في العقد أو مشترك بينه و بين الوطيء و ما رواه في الكافي في الصحيح أو الحسن عن زرارة والفضيل عن أبي جعفر عليه السلام في حديث العامريّة و الكنديّة قال أبو جعفر عليه السلام : « لو سألتهم عن رجل تزوّج امرأة ثمّ طلّقها قبل أن يدخل بها أتحلّ لابنه ؟ قالوا : لا ، فرسول الله أعظم حرمةً من آبائهم » [٤] و لو تجرّد العبد عن الوطيء حرمت اُمّها عليه عيناً على المشهور خلافاً للمحكيّ عن العمّاني من اشتراط الدّخول ويدلّ على المشهور قوله تعالى « و اُمّهات نساءكم» والخدشة في دلالتها باحتمال كون القيد في قوله تعالى « من نسائكم اللاّتي دخلتم بهنّ» راجعاً إلى الجملتين و مع هذا الاحتمال لا يبقى ظهور في الإطلاق دفعت بأنّ إرجاع القيد إلى الجملتين مستلزم لارتكاب أمر غير جائز أو خلاف الظاهر لأنّ كلمة « من » بالنسبة إلى قوله تعالى « وربائبكم » نشويّة وبالنسبة إلى قوله تعالى «واُمّهات نسائكم » بيانيّة فلو اُريد كلٌ من المعنيين مستقلاً لزم استعمال اللّفظ في أكثر من معنى و هو غير جائز ، و إن اُريد الجامع بينهما كمطلق الاتّصال لزم خلاف الظاهر لأنّ الظاهر كونها نشويّة .

ويمكن أن يقال : لامانع من كون « من » ابتدائيّة والتعبير بالابتدائيّة أحسن

(١) في التهذيب واستبصار « فباعها» .

(٢)و(٣) التهذيب ج ٢ ص ١٩٤ و الاستبصار ج ٣ ص ١٦١ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٤٢١ .

من التعبير بالنشويّة مع كون الموصول أعني « اللاتي » في المعنى صفة للنسائين مع القطع عن النعتيّة لأنّ يرد عليه الإشكال بأنّه مع اختلاف العامل لايجوز لأن يكون نعتاً للنسائين فلايتوجّه إشكال إلّا أنّه شرط في صحّة القطع كون السامع عالماً بما يعلم المتكلّم من اتّصاف الموصوف بالصفة لأنّه مع عدم العلم يحتاج الموصوف إلى الصفة و مع الحاجة لا يصحّ القطع و هذا الشرط ذكره بعض المحقّقين و ليس مذكوراً في سائر الكتب ، وما ذكر من أنّ استعمال اللّفظ المشترك في معنيين لايجوز غير مسلّم ، نعم لا مانع من القول بأنّه خلاف الظاهر ، واستدلّ أيضاً بما هو المحكي عن تفسير العياشيّ عن أبي حمزة من أنّه «سئل مولانا الباقر عليه السلام عن رجل تزوّج امرأة و طلّقها قبل أن يدخل بها أتحلّ له ابنتها ؟ فقال عليه السلام قدقضى في ذلك أمير المؤمنين عليه السلام لا بأس به إنّ الله يقول : « وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهنّ فإن لم تكونوا دخلتم بهنّ فلاجناح عليكم » و لكنّه لو تزوّج الابنة ، ثمّ طلّقها قبل أن يدخل بها لم تحلّ له اُمّها ، قال : قلت : أليس هماسواء ؟ قال : فقال : لا ليس هذه مثل هذه ، إنّ الله عزّوجلّ يقول : « واُمّهات نسائكم» لم يستثن في هذه كما اشترط في تلك ، هذه ههنا مبهمة وتلك ليس فيها شرط [1] » .

و برواية إسحاق بن عمّار ، عن جعفر ، عن أبيه عليهما السلام « أنّ عليّاً عليه السلام كان يقول : الرّبائب عليكم حرام مع الاُمّهات اللاتي قد دخلتم بهنّ في الحجور و غير الحجور سواء ، و الاُمّهات مبهمات دخل بالبنات أو لم يدخل فحرّموا و أبهموا ما أبهم الله » [2] .

و بموثّقة أبي بصير قال : « سألته عن رجل تزوّج امرأة ثمّ طلّقها قبل أن يدخل بها ؟ فقال : تحلّ له ابنتها ولا تحلّ له اُمّها » [3] .

وفي قبال هذه الأخبار أخبار اُخر تدلّ على خلاف المشهور منها صحيحة منصور ابن حازم المرويّة في الكافي قال : « كنت عند أبي عبدالله عليه السلام فأتاه رجل فسأله عن

---

(١)و(٢) تفسير العياشي ج ١ ص ٢٣٠ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ١٢٩ .

رجل تزوّج امرأة فماتت قبل أن يدخل بها أيتزوّج بأمّها فقال أبوعبد الله عليه السلام : قد فعله رجل منّا فلم نر به بأساً ، فقلت : جعلت فداك ما تفخر الشيعة إلّا بقضاء علي عليه السلام في هذه الشمخيّة[١] الّتي أفتاها ابن مسعود أنّه لابأس بذلك ، ثمّ أتى عليّاً عليه السلام فسأله فقال له عليّ عليه السلام : من أين أخذتها ؟ فقال : من قول الله عزّ و جلّ : « و ربائبكم اللّاتي في حجوركم من نسائكم اللّاتي دخلتم بهنّ فإن لم تكونوا دخلتم بهنّ فلاجناح عليكم » فقال عليه السلام : إنّ هذه مستثناة وهذه مرسلة و اُمّهات نسائكم ، فقال للرّجل: أما تسمع مايروي هذا عن عليّ عليه السلام ، فلمّا قمت ندمت و قلت : أيّ شيء صنعت يقول : هو قد فعله رجل منّا فلم نر به بأساً و أقول : قضى عليّ عليه السلام فيها فلقيته بعد ذلك فقلت له : جعلت فداك مسئلة الرّجل إنّما كان الّذي قلت زلّة منّي فما تقول فيها ؟ فقال : ياشيخ تخبرني أنّ عليّاً عليه السلام أفتى فيها و تسألني ماتقول فيها[٢]» .

و منها صحيحة جميل وحمّاد بن عثمان عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «الاُمّ والابنة سواء . إذا لم يدخل بها ــ يعني إذا تزوّج المرأة ثمّ طلّقها قبل أن يدخل بها فإنّه إن شاء تزوّج اُمّها و إن شاء تزوّج ابنتها ــ »[٣] و لم يظهر كون ذيله من كلام المعصوم .

---

(١) يحتمل أن يكون تسميتها بها لانها صارت سبباً لا فتخار الشيعة على العامة . و قيل انما وسمت المسألة بالشمخية بالنسبة الى ابن مسعود فانه عبدالله بن مسعود بن غافل بن حبيب بن شمخ . أو لتكبر ابن مسعود فيها عن متابعة امير المؤمنين عليه السلام من شمخ بأنفه .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٢٢ . و التهذيب ج ٢ ص ١٩٢ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٢١ . و الاستبصار ج ٣ ص ١٥٧ التهذيب ج ٢ ص ١٩٢ . قال صاحب الوسائل في أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ٢٠ تحت رقم ٣ . بعد نقله و نقل كلام للشيخ ــ رحمه‌الله ــ : التفسير ليس من الامام بل من بعض الرواة فليس بحجة ــ الى أن قال ــ المراد أنه اذا ملك امة و امها فله وطي أيتهما شاء قبل وطي الاخرى . ويفهم هذا من نوادر احمد بن محمد بن عيسى حيث أورد الحديث بين أحاديث هذه المسألة و ترك تفسيره . انتهى .

و منها معلّقة محمّد بن إسحاق بن عمّار قال : « قلت له : رجل تزوّج امرأة فهلكت قبل أن يدخل بها تحلّ له اُمّها ؟ قال : و ما الّذي يحرم عليه منها ، و لم يدخل بها » [1].

والمعروف بين الفقهاء الأخذ بالأخبار السابقةوعدم العمل بهذه الأخبارولعلّها محمولة على التقيّة ، وعليه يتحقّق الفرق بين تزويج البنت وبين تزويج الاُمّ و في صورة تزويج البنت مجرّداً عن الوطي تحرم الاُمّ عيناً بمعنى تحقّق الحرمة الأبديّة ، و في صورة تزويج الاُمّ تحرم البنت جمعاً فمع التجرّد عن الوطي لو طلّقها جاز نكاح البنت .

﴿ و لا تحرم مملوكة الابن على الأب بالملك وتحرم بالوطي ، وكذا مملوكة الأب ولايجوز لأحدهما أن يطأمملوكة الآخر مالم يكن عقد أو تحليل ، نعم يجوزأن يقوّم الأب مملوكة ابنه الصغير على نفسه ، ثمّ يطأها . و من توابع هذا الفصل تحريم اُخت الزوّجة جمعاً لا عيناً ، و كذا بنت اُخت الزوّجة وبنت أخيها ، فإن أذنت إحديهما صحّ ﴾ .

أمّا عدم حرمة مملوكة الابن على الأب وعدم حرمة مملوكة الأب على الابن فلعدم ما يوجب الحرمة وشمول قوله تعالى « و اُحلّ لكم ماوراء ذلكم » ولاخلاف فيماذكر وأمّا حصول التحريم بالوطي فيدلّ عليه رواية زرارة المرويّة في الكافي[2] قال أبوجعفر عليه السلام في حديث «إذا أتى الجارية وهي حلال فلاتحلّ تلك الجارية أبداً لأبيه ولالابنه » و الحكم اتّفاقيّ لاخلاف فيه .

ولايجوز لكلّ من الأب والابن أن يطأ مملوكةالآخر إلّا بعقد أوملك أوتحليل ، ويدلّ عليه قوله تعالى « و من ابتغى وراء ذلك فاولئك هم العادون » .

و أمّا جواز تقويم الأب مملوكة ابنه الصغير فيدلّ عليه الأخبار .

منها مارواه الكافي عن داود بن سرحان قال : « قلت لأبي عبدالله عليه السلام رجل

(١) التهذيب ج ٢ ص ١٩٣ .

(٢) المصدر ج ۵ ص ۴١٩ .

يكون لبعض ولده جارية وولده صغار فقال : لايصلح أن يطأها حتّى يقوّمها قيمة عدل ثمّ يأخذها و يكون لولده عليه ثمنها (١) »

و عن عبدالرّحمن بن الحجّاج في الصحيح أو الحسن قال : « قلت له : الرّجل يكون لابنه جارية أله أن يطأهافقال : يقوّمها على نفسه قيمة و يشهد على نفسه بثمنها أحبّ إليّ (٢) »

و إطلاقه محمول على الابن الصغير لعدم الولاية له على الكبير .

و عن محمّد بن إسماعيل ـ واستظهر كونه ابن بزيع فيكون الخبر صحيحاً ـ قال : « كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام في جارية لابن لي صغير أيجوز لي أن أطأها؟فكتب لاحتّى تخلّصها (٣) » .

و الظاهر أنّ المراد بقوله «حتّى تخلّصها» إخراجها عن ملكه إلى ملك نفسه و الظاهر أنّ المراد من التقويم المذكور في الأخبار تمليك نفسه بالقيمة نظير القرض في القيميّات أو البيع من نفسه و لعلّ الأنسب بقوله عليه السلام على المحكي في رواية داودبن سرحان « حتّى يقوّمها قيمة عدل » البيع من نفسه حيث أنّ قرض القيميّات لايحتاج إلى تعيين القيمة والحاصل أنّه بدون التملك لايحلّ إلّا أن يقال: حيث إنّه يكون للأب الولاية الشرعيّة فلامانع من تحليل الجارية المملوكة للمولّى عليه لنفسه أوتزويجها لنفسه مع مراعاة المصلحة أو عدم المفسدة و حمل الأخبار المذكورة على بيان بعض مواردالجواز والحصر المستفاد من بعض الأخبار المذكورة حصر إضافيّ في قبال الجواز بدون وجود أحد الأسباب المجوّزة بتوهّم أنّه حيث تكون الجارية لولده يجوز للأب وطيها كمملوكة نفسه .

وأمّا حرمة اُخت الزّوجة جمعاً لا عيناً فلاخلاف ولا إشكال فيها بالكتاب والسنّة والإجماع ، من غير فرق بين الدّائمة والمنقطعة و كذا ملك اليمين ، و كذا مع بقاء علقة الزّوجيّة ولو بجوازالرّجع في المطلّقة الرّجعيّة ، و من الأخبار الرّاجعة إلى المقام ما عن أبي بصير ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: « سألته عن رجل اختلعت منه امرأته

(١) و (٢) (٣) الكافي ج ٥ ص ٤٧١ .

أتحلّ له أن يخطب اُختها من قبل أن تنقضي عدّة المختلعة ؟ قال: نعم قد برئت عصمتها منه وليس له عليها رجعة » (١).

و عن الحلبيّ في الصحيح أو الحسن عن أبي عبدالله عليه السلام « في رجل طلّق امرأته أو اختلعت أو بارأت أله أن يتزوّج باُختها ؟ قال فقال : إذا برئت عصمتها ولم يكن له عليها رجعة فله أن يخطب اُختها ، قال : وسئل عن رجل كانت عنده اُختان مملوكتان فوطىء إحديهما ثمّ وطىء الاُخرى ؟ قال : إذا وطىء الاُخرى فقد حرمت عليه الاُولى حتّى تموت الاُخرى ، قال : أرأيت إن باعها أتحلّ له الاُولى؟ قال: إن كان يبيعها لحاجة ولا يخطر على قلبه من الاُخرى شيء فلا أرى بذلك بأساً و إن كان إنّما يبيعها ليرجع إلى الاُولى فلا ولا كرامة» (٢) .

و عن زرارة في الحسن عن أبي عبدالله عليه السلام « في رجل طلق امرأته و هي حبلى أيتزوّج أختها قبل أن تضع ؟ قال : لا يتزوّجها حتّى يخلو أجلها (٣) » .

وما رواه الشيخ عن الحسين بن سعيد في الصحيح قال : «قرأت في كتاب رجل إلى أبي الحسن الرّضا عليه السلام : جعلت فداك الرّجل يتزوّج المرأة متعة إلى أجل مسمّى فينقضي الأجل بينهما ، هل له أن ينكح اُختها قبل أن تنقضي عدّتها ، فكتب : لا يحلّ له أن يتزوّجها حتّى تنقضي عدّتها (٤) » .

واما حرمة بنت اُخت الزّوجة و حرمة بنت أخيها فيدلّ عليها أخبار منها ما رواه في الكافي عن محمّد بن مسلم في الموثّق ، عن أبي جعفر عليهما السلام « قال : لاتتزوّج ابنة الأخ ، ولا ابنة الاُخت على العمّة ولا على الخالة إلّا بإذنهما ، وتزوّج العمّة والخالة

---

(١) من حديث أبى بصير الكافى ج ٦ ص ١٤٤ ، ونحوه عن أبى الصباح الكنانى فى التهذيب ج ٢ ص ١٩٦ . و الكافى ج ٥ ص٤٣٢ .

(٢) الكافى ج ٥ ص ٤٣٢ والتهذيب ج٢ ص ١٩٧ .

(٣) » » » » .

(٤) التهذيب ج ٢ ص ١٩٦ .

على ابنة الأخ و ابنة الأخت بغير إذنهما »[1] .

و رواه الصدوق عن محمّد بن مسلم عنه عليه السلام مثله إلّا أنّه قال: لا تنكح وتنكح .

و عن عبيدة الحذّاء قال : « سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول : لا تنكح المرأة على عمّتها ولا على خالتها إلّا بإذن العمّة والخالة »[2] .

و ما رواه الشيخ عن عليّ بن جعفر ، عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال : «سألته عن امرأة تزوّج على عمّتها وخالتها ؟ قال : لا بأس ، وقال : تزوّج العمّة والخالة على ابنة الأخ وابنة الأخت ولا تزوّج بنت الأخ والأخت على العمّة والخالة إلّا برضى منهما فمن فعل فنكاحه باطل »[2] .

و ظاهر هذه الرّواية أنّه لو تزوّج وقع النّكاح باطلاً و ليس كالعقد الفضولي الواقع مراعاً بلحوق الإجازة ، بل لا يبعد استفادة البطلان من سائر الأخبار لظهورها في النهي الوضعي نظير النهي عن بيع الغرر ، ولولا الأدلّة الخاصّة في البيع على صحّة الفضوليّ لقلنا بالبطلان بمقتضى قوله تعالى « ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلّا أن تكون تجارة عن تراض » .

﴿ ولا كذا لو أدخل العمّة أو الخالة على بنت الأخ والأخت ، ولو كان عنده العمّة أو الخالة فبادر بالعقد على بنت الأخ أو الأخت كان العقد باطلاً ، وقيل : تتخيّر العمّة أو الخالة بين الفسخ والامضاء أو فسخ عقدها ﴾ .

أمّا جواز إدخال العمّة أو الخالة على بنت الأخ والأخت فلا إشكال فيه كما صرّح به في الأخبار .

و أمّا بطلان العقد مع المبادرة بالعقد بدون الإذن السابق فقد عرفت وجهه .

و أمّا تخيّر العمّة أو الخالة بين الفسخ والإمضاء كالعقود الخياريّة فلا نعرف له وجهاً من الأخبار .

---

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٢٤ والفقيه باب ما احل الله من النكاح تحت رقم ٢٣ .

(٢) « « « « .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٠٩ والاستبصار ج ٣ ص ١٧٧ .

و أمّا التخيّر نحو تخيّر المالك في البيع الفضولي بين الرّدّ والإمضاء ، فمبنيٌّ على كون العقد المذكور نظير الفضوليّ وقد عرفت الإشكال فيه .

و أمّا تخيّر العمّة أو الخالة في فسخ عقدهما فلا وجه له و عدّ من المستغرب التعرّض له .

﴿ و في تحريم المصاهرة بوطي الشبهة تردّدٌ ، أشبهه أنّه لا يحرم ، وأمّا الزّنا فلا تحرم الزّانية ولا الزّوجة و إن أصرّت على الأشهر ، و هل تنشر حرمة المصاهرة ؟ قيل : نعم إن كان سابقاً ، ولا تنشر إن كان لاحقاً ، والوجه أنّه لا ينشر ، ولوزنا بالعمّة أو الخالة حرمت عليه بناتهما ﴾ .

الظاهر أنّه لا يلحق بالوطي الصحيح الوطي بالشبهة فلا تنشر به الحرمة سواء كان سابقاً على العقد أو لاحقاً ، فلو وطىء الأب زوجة الابن ، أوالابن زوجة الأب لم تحرم لعموم قوله تعالى « وأُحلّ لكم ما وراء ذلكم » و عموم الخبر المعروف « الحرام لا يحرّم الحلال »[1] .

و أمّا التمسّك بعموم قوله تعالى « ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء » فهو مبنيٌّ على كون المراد من النكاح الوطىء ولا شاهد عليه كما أنّه لا وجه للتمسّك بأنّ الوطي بالشبهة ملحق بالوطي الصحيح في جملة من الأحكام فلابدّ أن يكون ملحقاً به في التحريم أيضاً لأنّ وجود بعض المعلولات يستلزم وجود الآخر ، لأنّ الانفكاك بين المتلازمين إذا كانا شرعيّين واقع كثيراً ، لا يقال مع احتمال كلٍّ من المعنيين للنكاح لابدّ من الاحتياط للعلم الإجمالي لأنّه يقال : هذا العلم لايؤثّر بعد الفراغ عن كون العقد مجرّداً عن الوطي موجباً للحرمة من جهة دليل آخر ، و بعد وجود العموم لاحاجة إلى التمسّك باستصحاب الحلّيّة ، بل لا مجال له لتقدّم الدّليل الاجتهادي على الأصل العملي إن كان أصل في البين ، و قد مرّ غير مرّة الإشكال في حجّيّة الاستصحاب في الشبهات الحكميّة .

و أما الزّنا بالمرأة فلا يوجب حرمتها على الزّاني ولايوجب زنا المرأة المزوّجة

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٠٨ .

حرمتها على الزّوج ، أمّا الثاني فللخبر المعروف « الحرام لا يحرّم الحلال » وهذا الخبر معمول به يستدلّ به في بعض المسائل الآتية مضافاً إلى خبر عبّاد بن صهيب عن جعفر بن محمّد عليهما السلام « لا بأس أن يمسك الرّجل امرأته إن رآها تزني و إن لم يقم عليه الحدّ فليس عليه من إثمها شيء » (١).

و أمّا ما ورد من لزوم التفريق بين الزّوجة و زوجها إذا زنت قبل أن يدخل بها كخبر فضل بن يونس « سألت أبي الحسن موسى عليه السلام عن رجل تزوّج امرأة فلم يدخل بها فزنت قال عليه السلام : يفرق بينهما و تحدّ الحدّ ولا صداق لها » (٢).

و خبر السكونيّ ، عن أبي عبدالله ، عن أبيه عليهما السلام قال : « قال أمير المؤمنين صلوات الله عليه في امرأة إذا زنت قبل أن يدخل بها الرّجل يفرق بينهما ولاصداق لها إنّ الحدث كان من قبلها » (٣).

إلى غير ذلك من الأخبار فمحمول على ضرب من الندب و نحوه لإعراض الأصحاب و عدم العمل بمضمونها .

و أمّا الزّنا السابق فالمشهور أنّه يجوز نكاح من ارتكبه وتدلّ عليه أخبار كثيرة منها رواية زرارة عن أبي جعفر عليه السلام « سئل عن رجل أعجبته امرأة فسأل عنها فإذا النساء تنبيء عليها بالفجور (٤) فقال عليه السلام : لا بأس أن يتزوّجها و يحصنها » (٥).

ورواية عليّ بن يقطين قال : « قلت لأبي الحسن عليه السلام : نساء أهل المدينة ؟ قال عليه السلام : فواسق ، قلت : أتزوّج منهنّ ؟ قال : نعم » (٦).

و رواية زرارة أيضاً قال « سأله عمّار و أنا حاضر عن الرّجل يتزوّج الفاجرة متعةً ، قال عليه السلام : لا بأس و إن كان التزويج الآخر فليحصن بابه » (٧).

---

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٠٨ .

(٢و٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٥٠ .

(٤) كذا وفى المصدر « النثاء عليها بالفجور » والنثاء فى الكلام يطلق على القبيح و الحسن وفى حديث أبى ذر « فجاء خالنا فنثى علينا » .

(٥) التهذيب ج ٢ ص ٢٠٨ والاستبصار ج ٣ ص ١٦٨ .

(٦و٧) التهذيب ج ٢ ص ١٨٧ والاستبصار ج ٣ ص ١٤٣ .

وصحيح عليّ بن رئاب قال : « سألت أباعبدالله عليه السلام عن المرأة الفاجرة يتزوّجها الرّجل المسلم ؟ قال عليه السلام : نعم و ما يمنعه و لكن إذا فعل فليحصن بابه مخافة الولد » (١) .

خلافاً للمحكي عن الصدوق و أبي الصلاح من الحرمة تمسّكاً بقوله تعالى « الزّانية لاينكحها إلّا زان أو مشرك و حرّم ذلك على المؤمنين » .

والجواب أنّه لا يمكن الأخذ بما يظهر منه لأنّه يلزم جواز نكاح المشركة للمسلم الزّاني و نكاح المشرك للمسلمة الزّانية مع أنّ التكافؤ في الإسلام شرط في جواز النكاح .

و قد يحمل الحرمة على غير الحرمة الشرعيّة بل بمعنى أنّ المؤمنين لمكان بينونتهم و عدم سنخيّتهم مع الزّواني يمتنعون من نكاحهنّ ، كما أنّه الظاهر في قوله تعالى « يا أيّها النبيّ لم تحرّم ما أحلّ الله لك » .

و قد يقال : إنّ النهي في المقام و إن تعلّق بعنوان التزويج لكن لا يستفاد منه إلّا مجرّد حرمة التكليفيّة دون الوضعيّة بمعنى بطلانه إذ النهي المتعلّق بعنوان المعاملة يدلّ على الفساد إذا كان نفسيّاً ناشئاً عن مفسدة فيها ، وأمّا إذا كان لأجل مراعاة حرام آخر كما في النهي عن الجمع بين الفاطميّتين في التزويج حيث إنّه لأجل مراعاة حرام آخر وهو إيذاء فاطمة صلوات الله عليها بالجمع بينهما كما دلّ عليه بعض الأخبار فلا دلالة له إلّا على مجرّد الحرمة التكليفيّة .

و يمكن أن يقال : لا نجد فرقاً بين تحريم الزّانية و تحريم النساء المحرّمة بعناوين مختلفة فماوجه كون تحريم الزّانية تكليفيّة لا وضعيّة و تحريم تلك النساء وضعيّة ، و لا شاهد على ما ذكر ، وثانياً مع كون النكاح محرّماً بالحرمة التكليفيّة كيف رخّص في الأخبار التزويج ، ثمّ إنّ مقتضى إطلاق الأخبار المجوّزة عدم الفرق بين المشهورة بالزّنا و غيرها ، و يظهر من بعض الأخبار الواردة في تفسير الآية عدم

(١) قرب الاسناد ص ٧٨ .

تجويزها . منها خبر زرارة قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قول الله تعالى «الزّانية - الخ » قال : هنّ نساء مشهورات بالزّنا ، ورجال مشهورون بالزّنا شهروا به و عرفوا به ، و النّاس اليوم بذلك المنزل ، فمن أقيم عليه حدّ الزّنا أو شهر بالزّنا لم ينبغ لأحد أن يناكحه حتّى يعرف منه توبة » [1].

و خبر محمّد ، عن أبي جعفر عليه السلام «في قول الله عزّ و جلّ «الزّانية » وهم رجال و نساء كانوا على عهد رسول الله صلّى الله عليه وآله مشهورين بالزّنا فنهى الله عزّ و جلّ عن اُولئك الرّجال والنساء و النّاس اليوم على تلك المنزلة من اشتهر بشيء من ذلك اُوا ُقيم عليه الحدّ فلاتزوّجوه حتّى يعرف توبته » [2] .

وخبر حكم بن حكيم في قوله تعالى عن أبي عبدالله عليه السلام « إنّما ذلك في الجهر ثمّ قال : لو أنّ إنساناً زنى ، ثمّ تاب تزوّج حيث شاء [3] ».

و يمكن حمل هذه الأخبار على الكراهة جمعاً بينها و بين الأخبار السابقة ألاترى أنّ رواية زرارة المذكورة لم يستفصل فيها أنّ المرأة كانت مشهورة أو غير مشهورة ، و رواية عليّ بن يقطين مع تعبير الإمام عليه السلام على المحكيّ بقوله « فواسق » جوّز فيها التزويج فلامجال للتقييد .

و أمّا نشر الزّنا حرمة المصاهرة فالظاهر عدم الخلاف في عدم النشر إن كان متأخّراً عن العقد الصحيح لقولهم عليهم السلام على المحكيّ : « لا يحرم الحرام الحلال » وإنّما الخلاف في الزّنا المتقدّم فالأشهر النشر ، وممّا يدلّ على الحكمين المذكورين ما رواه في الكافي و التهذيب في الصحيح عن محمّد بن مسلم عن أحدهما « أنّه سئل عن رجل يفجر بامرأة أيتزوّج ابنتها ؟ قال : لا ، و لكن إذا كانت عنده امرأة ثمّ فجر باُمّها أو ابنتها أواُختها لم تحرم عليه امرأته إنّ الحرام لايفسد الحلال » [4] .

و ما رواه في التهذيب ، عن أبي الصباح الكنانيّ ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال :

---

(١)و(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٥٤ و ٣٥٥ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٣٥٥ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٤١٥ .

«إذا فجر الرّجل بالمرأة لم تحلّ له ابنتها و إن كان قد تزوّج ابنتها قبل ذلك و لم يدخل بها فقد بطل تزويجه وإن هو تزوّج ابنتها و دخل بها ، ثمّ فجر باُمّها بعد ما دخل بابنتها فليس يفسد فجوره باُمّها نكاح ابنتها إذا هو دخل بها وهو قوله « لا يفسد الحرام الحلال » إذا كان هكذا »[1] .

وممّا يدلّ على الحكم الأوّل ما رواه في الكافي في الحسن أو الصحيح ، عن الحلبيّ عن أبي عبدالله عليه السلام « في رجل تزوّج جارية فدخل بها ، ثمّ ابتلى ففجر باُمّها أتحرم عليه امرأته فقال : لا لأنّه لا يحرّم الحرام الحلال » [2] .

و عن زرارة قال : «سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل زنا باُمّ امرأته أو بابنتها أو باُختها ، فقال: لا يحرّم ذلك عليه امرأته لأنّ الحرام لا يفسد الحلال » [3] .

ونقل ابن إدريس عن الشيخ المفيد والسيّد المرتضى عدم التحريم بالزّنا السابق واختاره المصنّف ـ قدّس سرّه ـ في المتن و يدلّ عليه من الأخبار ما رواه الشيخ عن سعيد بن يسار في الصحيح قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل فجر بامرأة يتزوّج ابنتها ؟ قال : نعم يا سعيد إنّ الحرام لا يفسد الحلال » [4].

و عن هشام بن المثنّى قال : « كنت عند أبي عبد الله عليه السلام جالساً فدخل عليه رجل فسأله عن الرّجل يأتي المرأة حراماً أيتزوّجها ؟ قال : نعم و اُمّها وبنتها » [5] .

و عن حنان بن سدير في الموثّق قال : « كنت عند أبي عبد الله عليه السلام إذ سأله سعيد عن رجل تزوّج امرأة سفاحاً هل تحلّ له ابنتها ؟ قال : نعم إنّ الحرام لا يحرّم الحلال» [6] .

و عن زرارة قال : « قلت لأبي جعفر عليه السلام : رجل فجر بامرأة هل يجوز له أن

---

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٠٧ .

(٢)و(٣) الكافي ج ٥ ص ٤١٥ و ٤١٦ .

(٤) التهذيب ج ٢ ص ٢٠٨ .

(٥)و(٦) التهذيب ج ٢ ص ٢٠٧.

يتزوّج ابنتها ؟ قال : ماحرّم حرامٌ حلالاً قطّ »[1] .

و عن صفوان في الصحيح قال : « سأله المرزبان عن الرّجل يفجر بالمرأة و هي جارية قوم آخرين ، ثمّ اشترى ابنتها أيحلّ له ذلك ؟ قال : لا يحرّم الحرام الحلال . ورجل فجر بامرأة حراماً أيتزوّج بابنتها ؟ قال : لايحرّم الحرام الحلال »[2] .

ولايخفى أنّه لايمكن الجمع بين الطائفتين من الأخبار فلابدّ من الترجيح أو التخيير ، و ربما يرجّح الطائفة الأولى من جهة مخالفة العامّة ، و يحمل الطائفة الثانية على التقيّة ، وقديقال مع تسليم ذلك بدعوى أنّ المشهور بينهم الحلّ لانوجب الموافقة الترجيح بعد موافقة الطائفة الثانية لعموم قوله تعالى « وأُحلّ لكم ماوراء ذلكم » بل يمكن أن يقال بترجيح الموافق للكتاب على المخالف للعامّة إمّا بناءً على الاقتصار على المرجّحات المنصوصة وملاحظة الترتيب بينهما فواضح ضرورة أنّ الموافقة للكتاب مقدّمة بحسب الترتيب في الأخبار العلاجيّة على المخالفة للعامّة ، وأمّا بناء على التعدّي أو على الاقتصار مع عدم رعاية الترتيب فلما أفاده الشيخ الأنصاري قدّس سرّه من أنّ المستفاد من الأخبار الّتي أطلق فيه الترجيح بموافقة الكتاب ولو بقرنية لزوم قلّة المورد لها بل عدمه لو قلنا بتقديم سائر المرجّحات هو أنّ الخبر المعتضد بظاهر الكتاب لايعارضه الخبر الآخر و إن كان ممّا لو انفرد لكان مخصّصاً أو مقيّداً ، سلّمنا عدم تقدّم موافقة الكتاب في مقام الترجيح على مخالفة العامّة فلا أقلّ من التساوي فيكون المرجع الأصل و هو استصحاب صحّة العقد .

ويمكن أن يقال بعد فرض التساوي يكون المرجع التخيير بين الأخذ بالطائفة الأولى والطائفة الثانية لاالأصل وإلّا لزم عدم التخيير في الأخبار ، ومن البعيد إجازة الإمام عليه السلام في مقام التقيّة التزويج مع كونه حراماً و عدم الاكتفاء بالفتوى بل مع التعليل ، و في رواية هشام المذكورة سأل « السائل عن تزوّج المرأة المأتيّة ماكتفى بحليّتها بل أُضيف حليّة الأمّ والبنت ، نعم يشكل الأخذ بمضمون خبر زرارة المذكور فإنّ مافيه على

---

(١) التهذيب ج٢ ص ١٠٨ . والكافي ج ٥ ص ٤١٦ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٠٨ والكافي ج ٥ ص ٤١٥ .

المحكي « ما حرّم حرامٌ حلالاً قطّ » آب عن التخصيص مع أنّ مثل ما لوفجر بغلام يكون حرمة اُمّه و بنته و اُخته مسلّمة ، ثمّ إنّ الأخبار الدّالّة على عدم الحرمة مع سبق العقد يظهر من بعض الأخبار تقييدها بصورة الدّخول بها و المشهور لايلتزمون به وهو خلاف الخبر المعروف « الحرام لايحرّم الحلال » أو « لا يفسد الحلال » .

وأمّا لوزنا بالعمّة أو الخالة فقد يقال : إن قلنا بحرمة بنت المزنيّ بها يكون حرمة ابنتيهما على وفق القاعدة فلاحاجة إلى التمسّك بأخبار خاصّة ، وأمّا إن قلنا بعدم تحريم بنت المزنيّ بها فلايجدى التمسّك بالأخبار الخاصّة إلّا في تحريم بنت الخالة المزنيّ بها خاصّة لاختصاص الخبر بها و يدلّ على الحرمة ما رواه ثقة الإسلام في الكافي في الصحيح أو الحسن ، عن أبي أيّوب ، عن محمّد بن مسلم قال : « سأل رجل أبا عبد الله عليه السلام و أنا جالس عن رجل نال من خالته في شبابه ، ثمّ ارتدع أيتزوّج ابنتها ؟ قال : لا ، فقال : إنّه لم يكن أفضى إليها إنّما كان شيء دون شيء ؟ فقال : لا يصدّق ولاكرامة» [١] .

و يمكن أن يقال : إنّ الزّنا بالعمّة و الخالة وإن كان أشدّ حرمة من الزّنا بالغير إلّا أنّ الأخبار السابقة لا تشمل الزّنا بهما فعلى القول بالحرمة هناك لا مجال للقطع بعدم الفرق و شمول الأخبار للمقام ، نعم مقتضى الخبر المذكور في تلك المسئلة أعني قوله عليه السلام على المحكيّ « إنّ الحرام لايحرّم الحلال » أو « لايحرّم الحرام الحلال » يشمل المقام لكنّه قابل للتخصيص بالخبر المذكور ، والخبر المذكور مخصوص بالخالة إلّا أنّه حكي عن ابن إدريس أنّه قال : وقد روى أنّ « من فجر بعمّته أو خالته لم يجز له ابنتاهما » أورد ذلك شيخنا أبوجعفر في نهايته وشيخنا المفيد في مقنعته والسيّد المرتضى في انتصاره انتهى .

و يظهر من كلامه وجود الخبر بالنسبة إلى العمّة أيضاً لكنّه لم ينقل عن كتب الأكابر المذكورين الخبر المذكور بالنحو الّذي ذكره ، فلا مجال للتعدّي عن الخالة .

(١) المصدر ج ٥ ص ٤١٧ .

﴿و أمّا اللّمس و النظر بما لايجوز لغير المالك فمنهم من نشر به الحرمة على أب اللاّمس و الناظر و ولده ، و منهم من خصّ التحريم بمنظورة الأب ، و الوجه الكراهية في ذلك كلّه ، ولا يتعدّى التحريم إلى اُمّ الملموسة والمنظورة ولا بنتيهما﴾.

في المقام قولان منشاؤهما اختلاف الأخبار ، فممّا يدلّ على نشر الحرمة صحيحة محمّد بن إسماعيل « سألت أبا الحسن الرّضا عليه السلام عن الرّجل تكون له الجارية فيقبّلها هل تحلّ لولده ؟ فقال عليه السلام : بشهوة ؟ قلت : نعم ، قال عليه السلام : ما ترك شيئاً إذا قبّلها بشهوة ، ثمّ قال عليه السلام ابتداء منه: إن جرّدها ونظر إليها بشهوة حرمت على أبيه و ابنه ، قلت : إذا نظر إلى جسدها ؟ فقال : إذا نظر إلى فرجها و جسدها بشهوة حرمت عليه»[1].

و صحيحة ابن سنان ، عن أبي عبد الله عليه السلام « في الرّجل تكون عنده الجارية يجرّدها وينظر إلى جسدها نظر شهوة هل تحلّ لأبيه وإن فعل أبوه هل تحلّ لابنه؟ قال عليه السلام : إذا نظر إليها بشهوة ونظر منها إلى مايحرم على غيره لم تحلّ لابنه ، وإن فعل ذلك الابن لم تحلّ للأب »[2] .

و خبر يونس ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : «سألته عن أدنى ما إذا فعله الرّجل بالمرأة لم تحلّ لابنه ولا لأبيه ، فقال عليه السلام : الحدّ فيه المباشرة ظاهرة أو باطنة ممّا يشبه مسّ الفرجين »[3] .

و غير ذلك من الأخبار و يستفاد من مجموع هذه الأخبار أنّ كلاّ من النظر إلى جسد الجارية و لمسه بشهوة و النظر إلى فرجها و لمسه و لولا عن شهوة يكون موجباً لنشر الحرمة ، ولا يبعد تقييد النظر إلى الفرج بالشهوة لوجود القيد في كلام الإمام عليه السلام على المحكيّ .

وأمّا ما استدلّ به على عدم النشر فروايتان إحداهما موثّقة عليّ بن يقطين عن

---

(١) الكافي ج ٥ ص ٤١٨ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٣٠٦ و الاستبصار ج ٣ ص ٢١٢ .

(٣) الاستبصار ج ٣ ص ٢١٢ .

العبد الصالح عليه السلام « عن الرّجل يقبّل الجارية يباشرها من غير جماع داخل أوخارج أتحلّ لابنه أو لأبيه ؟ قال عليه السلام : لا بأس » (۱) .

و الثانية رواية الكاهليّ ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «سألته عن رجل تكون له جارية فيضع أبوه يده عليها من غير شهوةأوينظر منها إلى محرّم من شهوة ،فكره عليه السلام أن يمسّها ابنه » (۲).

وقد يستشكل في دلالة الثانية حيث إنّ المراد من قول الرّاوي « فكره » ليس هو الفتوى بالكراهة بل المراد منه إظهاره عليه السلام التنفّر و الانزجار و هو لازم أعمّ للكراهة .

ويمكن أن يقال : بعد السؤال عنوضع اليد على الجارية من غير شهوة لابدّأن يكون إظهار التنفّر و الانزجار منه عليه السلام راجعاً إلى كلتا الصورتين من وضع اليد بغير شهوة و النظر من شهوة فاذا فرغنا منعدم نشر الحرمة في الصورة الأولى فكذلك في الصورة الثانية لوحدة مايقوم مقام الجواب .

وقديقال في دفعالخدشةفي الموثّقة منحيث الدّلالة باحتمال كون تقبيلالجارية لاعن شهوة إنّ الظاهر من قوله : « يباشرها من غير جماع » أنّه يتلذّذبها بأنواع التلذّذ غير الجماع ، ويمكن أن يقال : لا ظهور فيه ألاترى أنّه في صحيحة محمّد بن- إسماعيل المذكورة بعد السؤال عن تقبيل الجارية قال عليه السلام على المحكي « بشهوة » فمع الظهور لا حاجة إلى الاستفصال ، نعم ترك الاستفصال كاف في المقام فان كان ترك الاستفصال بمنزلة الاطلاق أمكن الجمع بين الأخبار السابقة و الموثّقة بالاطلاق و التقييد ، وإن قلنا إنّه أقوى من الاطلاق لأنّ الاطلاق بمنزلة ضربالقانون بخلاف ترك الاستفصال فالمعارضة باقية ، و كذلك بالنسبة إلى رواية الكاهليّ فمع عدم إمكان الجمع الدّلالي تصل النوبة إلىالترجيح السنديّ .

فقد يقال : إن قلنا بانّ المستفاد من تعليلهم عليهم السلام في الأخبارالعلاجيّةالأخذ

---

(۱) التهذيب ج ۲ ص ۱۹۵ .

(۲) الكافي ج ۵ ص۴۱۹ .

بالخبر الموافق للمشهور بأنّ المجمع عليه لا ريب فيه بعد العلم بأنّ المراد ليس نفي الرّيب عنه حقيقة بل بالإضافة هو أنّ الملاك في الترجيح كون أحد الخبرين بالإضافة إلى الآخر أقرب إلى الواقع و أقلّ احتمالاً لمخالفة الواقع فلا إشكال حينئذ في تقديم تلك الأخبار فإنّها لكثرتها واشتمالها على الصحاح يكون احتمال مخالفتها للواقع أقلّ و أضعف من احتمال مخالفة الموثّقة له .

و أمّا بناءً على ما أشرنا إليه سابقاً من تقديم الترجيح بموافقة الكتاب على جميع ماسواها من المرجّحات لأنّ المستفاد من الأخبار الدّالّة على تقديم الخبر الموافق للكتاب هو أنّ المخالف للكتاب ليس بحجّة في مقام التعارض فهي تكون في مقام تعيين الحجّة عن اللاحجّة ، و معه يرتفع موضوع سائر المرجّحات فلا يخلو تقديم تلك الأخبار على الموثّقة الموافقة لعموم الكتاب وهو قوله تعالى « وأُحلّ لكم ماوراء ذلكم » عن الإشكال .

و يمكن أن يقال على فرض تسليم استفادة ما ذكر من الأخبار الدّالّة على الأخذ بالخبر الموافق للكتاب وطرح المخالف يشكل ماذكر من جهة استفادة مرجحيّة الكتاب من بعض الأخبار الواردة في الأخذ بموافق الكتاب لاتمييز الحجّة عن اللاحجة ومع ذلك يشكل تقديم الموثّقة .

و هل يتعدّى الحكم إلى أمّ المنظورة و الملموسة و بنتها فيه خلاف ناش عن اختلاف الأخبار فما يدلّ على التحريم النبوي ﷺ « من كشف قناع امرأة حرم عليه أُمّها و بنتها » و في نبويّ آخر « لاينظر الله تعالى إلى رجل نظر إلى فرج امرأة وابنتها » .

وصحيح ابن مسلم « من تزوّج امرأة فنظر إلى رأسها وإلى بعض جسدها أيتزوّج ابنتها ؟ قال : لا إذا رأى منها مايحرم على غيره فليس له أن يتزوّج ابنتها »[1].

وممّا يدلّ على عدم التحريم صحيح العيص « سأل الصادق عليه السلام عن رجل باشر امرأة و قبّل غير إنّه لم يفض إليها ، ثمّ تزوّج بنتها ؟ فقال عليه السلام : إذا لم يكن أفضى

---

(١) التهذيب ج ٢ ص ١٩٣ .

إلى الأمّ فلا بأس وإن كان أفضى إليها فلا يتزوّج ابنتها [1]، وحيث إنّ الجمع الدّلالي غير ممكن فالترجيح بحسب السند، وما دلّ على الجواز موافق لعموم قوله تعالى «وأُحلّ لكم - الآية».

﴿و يلحق بهذا الباب مسائل: الأولى لو ملك أُختين فوطىء واحدةً حرمت الأُخرى ولو وطىء الثانية أثم و لم تحرم الأُولى و اضطربت الرّواية ففي بعضها تحرم الأُولى حتّى تخرج الثانية عن الملك لا للعود. و في أُخرى إن كان جاهلاً لم تحرم وإن كان عالماً حرمتا عليه﴾.

لا خلاف ولا إشكال في جواز الجمع بين الأُختين في الملك ولا خلاف ولا إشكال في عدم جواز الجمع بينهما في الوطىء بملك اليمين فلو وطىء إحديهما حرم عليه وطي الأُخرى لأنّه يتحقّق الجمع المحرّم به و حينئذ لو عصى و وطىء الأُخرى فهل يختصّ التحريم بالثانية أيضاً أو بالأُولى أو حرمتا جميعاً مطلقاً أو مع العلم بالموضوع و الحكم وجوه بل أقوال قد يقال أقواها: بحسب القواعد الأوّل و بحسب الأدلّة الخاصّة الأخير.

أمّا أقوائيّة الأوّل بحسب القواعد فلأنّ وطي الأُولى ثانياً بعد وطي الأُخرى و إن كان مصداقاً للجمع فيكون مقتضى إطلاق ما دلّ على النهي عن الجمع تحريمه أيضاً إلّا أنّ مصداقيّة الجمع لما كانت مسبّبة عن وطي الأُخرى المحرّم فيكون مقتضى إطلاق ما دلّ على أنّ الحرام لا يحرّم الحلال عدم تحريمه و النسبة بينهما عموم من وجه فيتساقطان و يرجع إلى الأصل، ومقتضى الاستصحاب حلّيّة الأُولى وحرمة الثانية.

وأمّا أقوائيّة الأخير بحسب الأدلّة الخاصّة فلأنّ الأخبار و إن كانت مختلفة فبعضها يدلّ على حرمة الأُولى و بعضها على حرمة كلتيهما مطلقاً و بعضها على حرمة كليتهما مع العلم بالموضوع و الحكم و بعضها على حرمة كليتهما و لو مع الجهل إلّا أنّه يمكن الجمع بينها بأن يقال: إنّ تخصيص الحرمة في الطائفة الأُولى بالأُولى من جهة أنّ حرمة الثانية مفروغ عنها فلا تنافي بينها و بين الطائفة الثانية الدّالّة على

---

(١) الكافي ج ٥ ص ٤١٥.

حرمة كليتهما ، و مقتضى قاعدة حمل المطلق على المقيّد تقييد الطائفة الثانية بالطائفة الثالثة الدّالّة على تخصيص الحكم بحرمة الجميع بصورة العلم وانّه لووطىء الاُخرى بجهالة لم تحرم عليه الاُولى ولايعارضها الطائفة الرّابعة الدّالّة على حرمة الجميع ولو مع الجهل كخبر عبد الغفّار الطائي ، عن أبي عبدالله عليه السلام « في رجل كانت له اُختان فوطىء إحديهما ، ثمّ أراد أن يطأ الاُخرى ، قال : يخرجها من ملكه قلت : إلى من؟ قال : إلى بعض أهله ، قلت : فإن جهل ذلك حتّى وطئها ؟ قال عليه السلام : حرمتا عليه كلتاهما [1] » .

و ذلك لاحتمال أن يكون المراد من قول السائل « فإن جهل ذلك » هوالجهل بما علّمه الإمام من الحيلة الشرعيّة في جواز وطي الثانية بعد وطي الاُولى بقوله عليه السلام يخرجها من ملكه لا الجهل بالموضوع أو الحكم فتدبّر .

ويمكن أن يقال : أمّا ماذكر من الرّجوع إلى الاستصحاب بعد التعارض فيشكل لأنّه مع قطع النظر عن عدم حجيّة الاستصحاب في الشبهات الحكميّة .

نقول بعد صدق عنوان الجمع على وطي الاُولى بعد وطي الثانية مابقي الموضوع للحليّة حتّى يستصحب ، و الّذي يسهل الخطب أنّه مع وجود الأخبار لا تصل النوبة إلى ماذكر .

وأمّا ما ذكر من أنّ الطائفة الدّالّة على حرمة الاُولى لاتعارض الطائفة الثانية لأنّ حرمة الثانية مفروغ عنها ، ففيه إشكال لأنّه لم يظهر من أخبار الباب كون حرمة الثانية مفروغاً عنها فمنها ما رواه في الكافي في الحسن أو الصحيح عن الحلبيّ ، عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث قال : « وسئل عن رجل كان عنده اُختان مملوكتان فوطىء إحديهما ثمّ وطىء الاُخرى قال : إذا وطىء الاُخرى فقد حرمت عليه الاُولى حتّى تموت الاُخرى ، فقلت : أرأيت إن باعها أتحلّ له الاُولى ؟ قال : إن كان يبيعها لحاجة ولايخطر على قلبه من الاُخرى شيء فلاأرى بذلك بأساً ، وإن كان إنّما يبيعها ليرجع

---

(١) التهذيب ج ٢ ص ١٩٧ .

إلى الأُولى فلا ولا كرامة »[1] .

و عن أبي الصباح الكنانيّ ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «سألته عن رجل عنده اُختان مملوكتان فوطىء إحديهما ثمّ وطىء الأُخرى فقد حرمت عليه الأُولى حتّى تموت الأُخرى ، قلت : أرأيت إن باعها ؟ فقال : إن كان إنّما يبيعها و لا يخطر على باله من الأُخرى شيء فلا أرى بذلك بأساً وإن كان إنّما يبيعها ليرجع إلى الأُولى فلا»[2] .

و رواه الصدوق بإسناده ، عن العلاء ، عن محمّد بن مسلم ، عن أبي جعفر عليه السلام مثله .

و عن عليّ بن أبي حمزة ، عن أبي إبراهيم عليه السلام قال : « سألته عن رجل ملك اُختين أيطأهما جميعاً فقال : يطأ إحديهما فإذا وطىء الثانية حرمت عليه الأُولى الّتي وطئها حتّى تموت الثانية أو يفارقها وليس له أن يبيع الثانية من أجل الأُولى ليرجع إليها إلّا أن يبيع لحاجة أو يتصدّق بها أو تموت[3] » .

و ما رواه المشايخ الثلاثة ـ نوّر الله تعالى مرا قدهم ـ عن الحلبيّ في الصحيح بروايتي الشيخين المتقدّمين عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « قلت له : الرّجل يشتري الأُختين فيطأ إحديهما ثمّ يطأ الأُخرى بجهالة قال : إذا وطىء الأُخرى بجهالة لم تحرم عليه الأُولى و إن وطىء الاخيرة و هو يعلم أنّها محرّمة عليه حرمتا عليه جميعاً »[4] .

و ما رواه في التهذيب عن عبد الغفّار الطائي[5] ، عن أبي عبد الله عليه السلام « في رجل كان له اُختان فوطىء إحديهما ـ الخ » فلاحظ رواية عليّ بن أبي حمزة يسأل عن وطي الأُختين ، و رواية الحلبيّ و رواية أبي الصباح و محمّد بن مسلم لم يظهر منها

---

(۱) و(۲) الكافي ج ۵ ص ۴۳۲ .

(۳) التهذيب ج ۲ ص ۱۹۷ .

(۴) الكافي ج ۵ ص ۴۳۳ والتهذيب ج ۲ ص ۱۹۷ والفقيه باب الجمع بين الاختين المملوكتين تحت رقم۲.

(۵) تقدم آنفاً .

كون حرمة الثانية مفروغاً عنها و إن كان المراد أنّه حيث إن وطيء الأمتين جمعاً من المحرّمات في الإسلام و الجمع يتحقّق بوطي الثانية فلابدّ من أن يكون وطي الاُولى أيضاً مفروغاً عن حرمته لتحقّق الجمع به بعد وطي الثانية فكيف في الرّوايات تعرّض لحرمته .

و أمّا ما ذكر في خبر الطائيّ من احتمال أن يكون المراد من قول السائل ـ الخ » فيشكل من جهة أنّه مع قطع النظر عن بعده لو كان كلام السائل قابلاً للمعنيين واجيب بجواب واحد من دون تعرّض لمراد السائل و أنّه ما مراده يلزم أن يكون الجواب واحداً على التقديرين نظير ترك الاستفصال فمع الإشكال في الجمع الدّلالي لا بدّ من الترجيح أو التخيير .

﴿ الثانية يكره أن يعقد الحرّ على الأمة ، و قيل : يحرم إلّا أن يعدم الطول و يخشى العنت . الثالثة لا يجوز للعبد أن يتزوّج أكثر من حرّتين أو حرّة و أمتين أو أربع إماء ، الرّابعة لا يجوز نكاح الأمة على الحرّة إلّا بإذنها ، و لو بادر كان العقد باطلاً ، و قيل : كان للحرّة الخيرة بين إجازته و فسخه ، و في رواية : لها أن تفسخ عقد نفسها ، و في الرّواية ضعف . ولو أدخل الحرّة على الأمة جاز ، و للحرّة الخيار إن لم تعلم ، إن كانت الأمة زوجة ﴾ .

اختلف في جواز تزويج الحرّ الأمة مطلقاً وعدم جوازه إلّا بشرطين عدم الطول بمعنى عدم التمكّن من المهر و النفقة و خشية العنت بمعنى خوف المشقّة المؤدّية إلى الوقوع في الإثم من ترك التزوّج على قولين . و استدلّ المجوّزون بعموم قوله تعالى « أوفوا بالعقود » و بقوله تعالى « اُحلّ لكم ماوراء ذلكم » و قوله تعالى « وأنكحوا الأيامى منكم » و خصوص قوله عليه السلام على المحكيّ في مرسل ابن بكير « لاينبغي أن يتزوّج الرّجل الحرّ المملوكة [1] » و قوله عليه السلام على المحكيّ في خبر أبي بصير « لا ينبغي للحرّ أن يتزوّج الأمة و هو يقدر على الحرّة [2] » حيث إنّ التعبير « بلا ينبغي » مشعر بالكراهة .

---

(١)و(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٦٠ تحت رقم ٩٥٧ .

وقد يناقش في ما ذكر في مقام الاستدلال أمّا عموم « أوفوا بالعقود » فلعدم جواز التمسّك به في باب المعاملات إذ المراد بالعقد على مايظهر من بعض الرّوايات و كلام بعض أهل اللّغة هو العهد و لا يصدق العهد على المعاملات ، و أمّا قوله تعالى « اُحلّ لكم ماوراء ذلكم» فلمنع الإطلاق له من حيث الأسباب ضرورة أنّه في مقام بيان مجرّد قابليّة غير المحرّمات بالذّات كالاُمّ والبنت وغيرهما ، وأمّا إنّها بم يصرن محلّلة فعلاً فليست في مقام بيانها .

و أمّا قوله تعالى « وأنكحوا الأيامى» فلأنّ النكاح ليس له حقيقة واحدة كي يصحّ التمسّك بإطلاقه لصحّة كلّ ماصدق النكاح ضرورة اختلاف النكاح حقيقة بحسب اختلاف الملل و النحل فإنّ لكلّ ملّة و قوم نكاحاً خاصّاً فتدبّر ، هذا مضافاً إلى أنّ هذه عمومات وإطلاقات يجب تخصيصها وتقييدها بأدلّة المانعين .

و يمكن أن يقال : ما ذكر من منع صدق العهد على المعاملات مشكلٌ فإنّ المتبايعين يتعاهدان على كون المبيع للمشتري و الثمن للبايع ، و الزّوج و الزّوجة كذلك و كذا سائر المعاملات كالصلح و الإجارة و غيرهما ، نعم لو شكّ في القابليّة للنكاح فلامجال للتمسّك بهذا العموم لاثبات القابليّة للنكاح .

و أمّا ما ذكر في الاستدلال بقوله تعالى « و اُحلّ لكم ما وراء ذلكم» فلم يظهر وجهه فإنّ سبب النكاح ليس إلاّ الايجاب و القبول في ما يحلّ فإذا دلّ الدّليل على الحلّيّة فلايبقى شكّ بعد تحقّق الايجاب و القبول و كيف وقد استدلّ به في الشكّ في نشر الحرمة بالزّنا كما سبق وجعل موافقة الكتاب موجبة للأخذ بالأخبار الموافقة .
واستدلّ المانعون بمفهوم قوله تعالى : «ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فمن ما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات و الله أعلم بايمانكم بعضكم من بعض فأنكحوهن بإذن أهلهنّ وآتوهنّ اُجورهن بالمعروف محصنات غير مسافحات ولا متّخذات أخدان فاذا اُحصنّ فإن أتين بفاحشة فعليهنّ نصف ما على المحصنات من العذاب ، ذلك لمن خشي العنت منكم وأن تصبروا خير لكم والله غفور رحيم [1]» .

---

(١) النساء : ٢٩ و ٣٠ .

و صحيح ابن مسلم « سئل أبا جعفر عليه السلام عن الرّجل يتزوّج المملوكة قال : إذا اضطرّ إليها لا بأس [1] » و نحوه خبر أبي بصير وصحيح زرارة عن أبي جعفر عليه السلام « سألته عن الرّجل يتزوّج الأمة قال : لا إلاّ أن يضطرّ إلى ذلك [2] » .

و خبر يونس عنهم عليهم السلام « لا ينبغي للمسلم الموسر أن يتزوّج الأمة إلاّ أن لا يجد حرّة [3] » . و مرسل ابن بكير و خبر أبي بصير المتقدّمين .

و تقريب الاستدلال بالآية الشريفة هو أنّ كلمة « مَن » في قوله تعالى « ومَن لم يستطع » إمّا شرطيّة و يكون قوله تعالى « فمن ماملكت» جواباً لها ، و إمّاموصولة ويكون قوله تعالى « فمن ما ملكت » خبراً لها ، وعلى الثاني دخول الفاء على الخبر يدلّ على تضمّن الموصول معنى الشرط على ما صرّح به أهل العربيّة . و على كلا التقديرين يستفاد اشتراط الجواز بالشرط المذكور ، و لا مجال لا حتمال أن يكون الرّجحان مشروطاً لأنّ معنى قوله تعالى « فمن ماملكت » فلينكح ممّاملكت والأمر للرّجحان فبانتفاء الشرط ينتفي الرّجحان لاالجواز كما هو المدّعى لأنّ سوق الآية الشريفة لوقوعها عقيب بيان مايحرم من النساء و مايحلّ يكون قرينة على بيان الحكم من جهة الحلّيّة و الحرمة مضافاً إلى مافي ذيلها من قوله تعالى « وأن تصبرواخير لكم» و نوقش بأنّه لم يحرز كون الآية الشريفة في مقام بيان الحلّيّة و الحرمة لا حتمال كونها جملة مستقلّة غير مرتبطة بماقبلها و ليس وقوعها عقيب السابقة قرينة على ما ذكر ولا ينا في هذا مع قوله تعالى « و أن تصبروا خير لكم » حيث إنّه يستلزم رجحان الفعل أعني النكاح مع تحقّق الشرط ورجحان الترك أيضاً و هو غير معقول لأنّ المراد من الصبر ليس هو الصبر على ترك النكاح مع وجود الشرطين أعني عدم الاستطاعة و خوف العنت المفسّر بخوف الإثم الّذي يؤدّي إليه توقان الشهوة وكثرتها كي يلزم المحذور المذكور ، بل المراد منه توطين النفس على تحمّل المشقّة بالتقوى وشدّة الورع بحيث

---

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٠٩ .

(٢)و(٣) الكافي ج ٥ ص ٣٥٩ و ٣٦٠ .

يزول عنه الخوف و يطمئن بعدم الوقوع في المحرّم و يخرج عن موضوع هذا الحكم الاضطراري و لا منافاة بين الحكم برجحان إتيان فعل على مكلّف خاص مع الحكم برجحان إزالة ذلك المكلّف تلك الخصوصيّة عن نفسه ليخرج عن موضوع ذلك الحكم.

و يمكن أن يقال : حمل قوله تعالى « و أن تصبروا ـ الخ » على ما ذكر خلاف الظاهر لا يصار إليه حيث إنّ تحصيل التقوى و شدّة الورع بتلك المرتبة يحتاج إلى مدّة يروض فيها نفسه بذلك و لعلّ المتعيّن الحمل على المعنى الأوّل كما أنّه يظهر من صحيح زرارة المذكور عدم الجواز بدون الاضطرار ، ولا مجال للخدشة في دلالته و إن أمكن الخدشة في دلالة صحيح ابن مسلم وخبر أبي بصير بأنّ البأس المذكور فيهما يجتمع مع الكراهة فلاظهور في الحرمة ، ولا يخفى أنّ مقتضى صحيح زرارة كفاية الاضطرار ولو مع الاستطاعة فلا يبعد عدم كون الاستطاعة شرطاً شرعيّاً لجواز النكاح بل إرشاداً إلى ماهو أسهل لمريد النكاح .

ثمّ إنّه قد يقال مع عدم تماميّة أدلّة المجوّزين و المانعين نرجع إلى الأُصول العمليّة و مقتضاها هو الحرمة و الفساد لأنّ الشكّ إن كان في مجرّد التكليف و أنّ تزوّج الأمة حرام تكليفاً أولا فمقتضى الأصل حيث إنّ الباب باب الفروج هو الاحتياط وإن كان الشكّ في الوضع وإنّ العقد عليها فاسد أولا فمقتضى الأصل حيث إنّ الباب باب الأسباب و المسبّبات هو الفساد إلّا أنّه يمكن التمسّك للمجوّزين بالنصوص الناهية عن تزويج الأمة على الحرّة بتقريب أن يقال : لاشكّ في ظهور تلك النصوص في أنّ النهي عن تزوّج الأمة على الحرّة إنّما هو لكونه على الحرّة و إنّ لهذا العنوان موضوعيّة لا لكون هذا العنوان ملازماً غالباً لفقد شرط صحّة العقد على الأمة و هو خوف العنت المنتفي غالباً فلو كان للشرطين مدخليّة لكان الأولى التعليل بفقدان الشرط لا بوجود المانع ، ولكن الحقّ مع ذلك عدم جواز التزوّج إلّا مع وجود الشرطين لأخبار خاصّة صريحة في ذلك موجبة لحمل أخبار النهي عن تزويج الأمة على الحرّة على الحكم الحيثي وأنّها في مقام بيان اعتبار إذن الحرّة أيضاً في جواز النكاح عليها مضافاً إلى اعتبار الشرطين لأنّ المراد كفاية الإذن و لو مع فقد الشرطين مثل ما رواه

في غوالي اللئالي من أنّه « يحرم أن يتزوّج المملوكة و إن فعل ذلك فرّق بينهما و عزّر » و مثل ما رواه في الحدائق المشتمل على تعداد ما حرّم من الفروج في القرآن و ما حرّم منها في السنّة و قد عدّ من المحرّم منها في السنة تزويج الأمة لمن يقدر على الحرّة .

و يمكن أن يقال : أمّا ما ذكر من الأصل مع عدم تماميّة أدلّة المجوّزين و المانعين فيشكل من جهة أنّ القائل بالحرمة نظره إلى الحرمة الوضعيّة و لا أظنّ أن يكون نظر القائل بالحرمة إلى الحرمة التكليفيّة إلّا أن يقال بالحرمة التشريعيّة وهي خارجة عن محلّ الكلام ، و ما ذكر من الاحتياط في باب الفروج إن تمّ يكون راجعاً إلى الزّواج و معاملة الزّوجيّة و لا يوجب حرمة العقد من دون معاملة الزوجيّة ، و مع أنّه لا دليل عليه بل في الشبهات الموضوعيّة مقتضى رواية مسعدة بن صدقة خلافه .

و أمّا الحرمة الوضعيّة فتقريبها أنّ مقتضى الاستصحاب إن تمّ في الشبهات الحكميّة عدم تحقّق المسبب أعني الحلّيّة لكنّه إذا شكّ في شرطيّة شيء للحلّيّة فلقائل أن يتمسّك بحديث الرّفع في رفعها لأنّ المحصّل إذا كان بيانه راجعاً إلى الشارع فلامانع من رفع الشرطيّة فيه ومعه لامجال للاستصحاب .

و أمّا ما ذكر في الجواب عن الاستدلال بالأخبار الدّالّة على عدم جواز نكاح الأمة على الحرّة على عدم لزوم الشرطين فلا مانع منه إلّا أنّه يلزم حمل الأخبار على صورة نادرة الوقوع فالأولى في المقام التمسّك بصحيح ابن مسلم والتفصيل بين صورة الاضطرار العرفي لا الاضطرار الموجب لرفع الحرمة وغيرها .

و أمّا عدم جواز أن يتزوّج العبد أكثر من حرّتين أو حرّة وأمتين أو أربع إماء فالظاهر عدم الخلاف فيه و يدلّ عليه النصوص منها صحيحة محمّد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام « سأله عن العبد يتزوّج أربع حرائر قال عليه السلام : لا ، ولكن يتزوّج حرّتين وإن شاء أربع إماء »(١) .

(١) التهذيب ج ٢ ص ٣٠٥ . و الكافي ج ٥ ص ٤٧٧ .

و منها خبر الصيقل عن أبي عبد الله عليه السلام « سألته عن المملوك ما يحلّ له من النساء ؟ فقال : حرّتان أوأربع إماء »[1] .

ومنها خبر زرارة عن أحد هما عليهما السلام « سألته عن المملوك كم يحلّ له أن يتزوّج قال عليه السلام :حرّتان أوأربع إماء »[2] .

و لا يخفى أنّه لاتعرّض في هذه الأخبار لجواز أن يتزوّج العبد حرّة و أمتين لكنّه ادّعي الإجماع عليه وفي الفقيه [3] بعد أن روى عن حمّاد بن عيسى أنّه « سئل أبا عبد الله عليه السلام كم يتزوّج العبد قال : قال أبي عليه السلام : قال عليٌّ عليه السلام : لا يزيد على امرأتين » قال : و في حديث آخر « يتزوّج العبد حرّتين أو أربع إماء أو أمتين و حرّة » .

و أمّا عدم جواز نكاح الأمة على الحرّة إلّا بإذنها فلاخلاف فيه مع عدم الإذن و مع الإذن فيه خلاف ويظهر من حكاية الشيخ عن قوم من أصحابنا عدم الجواز حتّى مع الإذن ، ويدلّ على الجواز مع الإذن ما عن ابن بزيع في الصحيح «سألت أبا الحسن عليه السلام هل للرّجل أن يتمتّع المملوكة بإذن أهلها و له امرأة حرّة ؟ قال : نعم ، إذا رضيت الحرّة ، قلت : فإن رضيت الحرّة يتمتّع منها ؟ قال: نعم »[4] .

ومن الأخبار الواردة في المقام مارواه في الكافي في الصحيح أو الحسن ،عن الحلبيّ عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « تزوّج الحرّة على الأمة ولاتزوّج الأمة على الحرّة ومن تزوّج أمة على حرّة فنكاحه باطل »[5].

ومنها ما رواه في الفقيه في الصحيح عن محمّد بن قيس ، عن أبي جعفر عليهما السلام « أنّه

---

(۱) و(۲) التهذيب ج ۲ ص ۳۰۵ و الكافي ج ۵ ص ۴۷۷ .

(۳) باب ما أحل الله من النكاح تحت رقم ۷۴ . و نقله الشيخ فى التهذيب ج ۲ ص ۳۰۶ .

(۴) الكافي ج ۵ ص ۴۶۳ .

(۵) المصدر ج ۵ ص ۳۵۹ .

قال : قضى أمير المؤمنين عليه السلام أن ينكح الحرّة على الأمة ولا ينكح الأمة على الحرّة ـ الحديث [(١)] » .

وما رواه في الفقيه مرسلاً قال : قال أبوجعفر عليه السلام : « تزوّج الأمة على الأمة ولا تزوّج الأمة على الحرّة ، و تزوّج الحرّة على الأمة ، فإن تزوّجت الحرّة على الأمة فللحرّة ثلثان وللأمة الثلث ، ليلتان وليلة» [(٢)].

و ما رواه في التهذيب ، عن محمّد بن الفضيل قال : لايجوز نكاح الأمة على الحرّة، ويجوز نكاح الحرّة على الأمة ـ الحديث » [(٣)] .

و عن حذيفة بن منصور قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام «عن رجل تزوّج أمة على حرّة لم يستأذنها ؟ قال : يفرق بينهما ، قلت : عليه أدب ؟ قال : نعم اثنا عشر سوطاً و نصف ثمن حدّ الزّاني فهو صاغر [(٤)] » .

ولايخفى أنّه لامخصّص للاطلاقات المذكورة إلّا رواية ابن بزيع المذكورة ، و رواية حذيفة حيث سئل عن التزوّج بلا استيذان ، ورواية ابن بزيع مخصوصة بالتمتّع مع الإذن . والقيد المذكور في رواية حذيفة في كلام السائل لايستفاد منه التقييد إلّا من جهة التقرير ولا يخلو عن الإشكال .

و ممّا ذكر ظهر الإشكال في إطلاق القول بالمنع حتّى في النكاح المنقطع فإنّ الأخبار الواردة يشكل إطلاقها بالنسبة إلى النكاح المنقطع وإنّ الظاهر أنّه في النكاح المنقطع يعبّر بالمتعة أو يقيّد بها فكيف يؤخذ باطلاقها حتّى بالنسبة إليه وعلى القول بالصحة مع الإذن لو بادر فمقتضى بعض أخبار الباب بطلان النكاح كما في رواية الحلبيّ فليس من قبيل الفضولي المراعى صحّته بتعقّب الإجازة .

وامّا ماذكر من كون الحرّة مختارة في فسخ عقد نفسها فاستدلّ عليه برواية سماعة

---

(١) المصدر باب ما احل الله من النكاح تحت رقم ٦٣ .

(٢) » » » » » ٦٩.

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢١١ .

(٤) التهذيب ج ٢ ص ٢١٢ .

عن أبي‌عبدالله عليه‌السلام « في رجل تزوّج أمة على حرّة فقال : إن شاءت الحرّة أن تقيم مع الأمة أقامت و إن شاءت ذهبت إلى أهلها » [۱] .

و المحكيّ في شرح النافع لصاحب المدارك عن‌الشيخين وابن‌حمزة وابن البرّاج أنّهم أفتوا بمضمون هذه الرّواية فان كانت الرّواية مجبورة من جهة السند يكون معارضة مع الأخبار المذكورة الدّالّة على المنع و المحكي في المختلف كون الحرّة مختارة في فسخ عقد الأمة و إمضائه والترجيح مع تلك الأخبار .

و أمّا جواز إدخال الحرّة على الأمة فقد ظهر من الأخبار المذكورة . و أمّا الثبوت الخيار لها مع الجهل بكون الأمة زوجة فيدلّ عليه ما رواه الشيخ في الصحيح عن يحيى الأزرق عن الصادق عليه‌السلام قال : « سألته عن رجل كانت له امرأة وليدة فتزوّج حرّة و لم يعلمها أنّ له امرأة و ليدة ، فقال : إن شاءت الحرّة أقامت و إن شاءت لم تقم ، قلت : قدأخذت المهر فتذهب به ؟ قال : نعم بما استحلّ من‌فرجها [۲] » .

﴿ ولو جمع بينهما في عقد صحّ عقد الحرّة دون الأمة . الخامسة لايحلّ العقد على ذات البعل و لا تحرم به ، نعم لو زنا بها حرمت ، و كذا في الرّجعيّة خاصّة . السادسة من تزوّج امرأة في عدّتها جاهلاً فالعقد فاسدٌ ، و لو دخل حرمت أبداً ، و لحق به الولد ، وله‌المهر بوطي الشبهة ، وتتمّ العدّة للأوّل وتستأنف أُخرى للثاني وقيل : تجزي عدّة واحدة ، ولوكان عالماً حرمت بالعقد ، ولوتزوّج محرماً عالماً حرمت وإن لم‌يدخل ولوكان جاهلاً فسد ولم‌تحرم ولودخل. السابعة من‌لاط بغلام فأوقبه حرمت عليه أمّ الغلام و بنته وأُخته ﴾ .

أمّا لو عقد على الحرّة و الأمة بعقد واحد فيمكن أن يقال : الأدلّة المانعة من إدخال الأمة على الحرّة لايشمله لأنّها ظاهرة في صورة سبق نكاح الحرّة إلاّ أن يتمسّك بصحيح الحذّاء عن أبي جعفر عليه‌السلام «أنّه سئل عن رجل تزوّج امرأة حرّة و أمتين مملوكتين في عقد واحد ؟ قال : أمّا الحرّة فنكاحها صحيحٌ و إن كان سمّى لها مهراً

(۱) و(۲) التهذيب ج ۲ ص ۲۱۲ .

فهولها ، وأمّا المملوكتان فإنّ نكاحهما في عقد مع الحرّة باطلٌ يفرق بينه وبينها[1]» .

و من قال بالصحّة مع الإذن يقول بها في المقام إلّا أن يستشكل من جهة عدم صحّة نكاح الأمة من جهة فقدان شرط الصحّة فلا يفيد الإذن .

و أمّا عدم حلّيّة العقد على ذات البعل فلعلّه من ضروريّات الدّين .

و أمّا عدم لزوم الحرمة الأبديّة فمحلّ الكلام فالظاهر أنّه مع الجهل و عدم الدّخول لا إشكال في عدم لزوم الحرمة الأبديّة لعدم تحقّق الموجب لها فمقتضى العمومات و الاطلاقات الحلّيّة .

و أمّا مع العلم بالحكم والموضوع فمع الدّخول يكون زنا والمشهور أنّه موجب للحرمة الأبديّة و يدلّ عليه مرفوعة أحمد بن محمّد المرويّة في الكافي «عدّة من أصحابنا عن أحمد بن محمّد رفعه : إنّ الرّجل إذا تزوّج امرأة وعلم أنّ لها زوجاً فرّق بينهما ولم تحلّ له أبداً »[2] وإن كان جاهلاً فإنّها تحرم مع الدّخول لموثّقة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام «في امرأة فقد زوجها أو نعي إليها فتزوّجت ثمّ قدم زوجها بعد ذلك فطلّقها فقال: تعتدّ منهما جميعاً ثلاثة أشهر عدّة واحدة وليس للآخر أن يتزوّجها أبداً »[3] .

وهذه الرّواية و إن لم يذكر فيها دخول الثاني بها إلّا أنّه حيث ذكر في الجواب «تعتدّ منهما» يظهر أنّها مدخولٌ بها للثاني ، و أمّا مع الجهل وعدم الدّخول فمجرّد العقد لا يوجب الحرمة الأبديّة ، و أمّا الزّنا بدون العقد فادّعى الإجماع على إيجابه الحرمة الأبديّة و ليس نصّ بأيدينا إلّا ما في الفقه المنسوب إلى الرّضا صلوات الله عليه و نسب المحقّق ـ قدس سرّه ـ إلى المشهور فمقتضى الاحتياط الاجتناب للزّاني و مع وقوع العقد بعد الزّنا الاحتياط بالطلاق لا تجويز إزدواجها مع الغير بدون الطلاق وكذا الكلام في المطلقة الرّجعيّة لأنّها في حكم الزّوجة .

و أمّا التزوّج في العدّة فمع الجهل وعدم الدّخول لا إشكال في أنّه لا يوجب

---

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢١٢ .

(٢) المصدر ج ٥ ص ٤٢٩ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٠٢ والاستبصار ج ٣ ص ١٨٨ .

الحرمة الأبديّة ويدلّ عليه ما رواه في الكافي في الصحيح عن عبدالرّحمن بن الحجّاج عن أبي إبراهيم عليه السلام قال : « سألته عن الرّجل يتزوّج المرأة في عدّتها بجهالة أهي ممّن لاتحلّ له أبداً ؟ فقال : لا أمّا إذا كان بجهالة فليتزوّجها بعد ماتنقضي عدّتهاوقد يعذر النّاس في الجهالة بما هوأعظم من ذلك ، فقلت : بأيّ الجهالتين أعذر بجهالتهأن يعلم أنّ ذلك محرّم عليه ؟ أم بجهالته أنّها في عدّة ؟ فقال : إحدى الجهالتين أهون من الآخر الجهالة بأنّ الله حرّم ذلك عليه وذلك بأنّه لايقدر على الاحتياط معها ، فقلت: فهو في الاُخرى معذور ؟ قال: نعم إذا انقضت عدّتها فهو معذور في أن يتزوّجها،فقلت: فإن كان أحدهما متعمّداً و الآخر يجهل ، فقال : الّذي تعمّد لا يحلّ له أن يرجع إلى صاحبه أبداً [1] ».

و ما رواه في الكافي و التهذيب ، عن إسحاق بن عمّار في الموثّق قال : قلت لأبي إبراهيم عليه السلام : « بلغنا عن أبيك أنّ الرّجل إذا تزوّج المرأة في عدّتها لم تحلّ له أبداً ، فقال : هذا إذا كان عالماً فإذا كان جاهلاً فارقها و تعتدّ ثمّ يتزوّجها نكاحاً جديداً » [2] .

و مع العلم تحرم أبداً كما ظهر من هذين الخبرين ، و كذلك مع الدّخول و يدلّ عليه مارواه في الكافي و التهذيب ، عن الحلبي في الحسن أو الصحيح ،عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « سألته عن المرأة الحبلى يموت زوجها فتضع و تزوّج قبل أن يمضي لها أربعة أشهر و عشراً ، فقال : إن كان دخل بها فرّق بينهما ، ثمّ لم تحلّ له أبداً واعتدّت بما بقي عليها من الأوّل و استقبلت عدّة اُخرى من الآخر ثلاثة قروء ، و إن لم يكن دخل بها فرّق بينهما واعتدّت بما بقي عليها من الأوّل وهو خاطب من الخطّاب [3] ».

و عن محمّد بن مسلم في الموثّق ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : « سألته عن الرّجل تزوّج المرأة في عدّتها ؟ قال : إن كان دخل بها فرق بينهما ولم تحلّ له أبداً و أتمّت

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٢٧ . والتهذيب ج ٢ ص ٢٠١ و اللفظ له .

(٢) الكافي ج ٥ ص٤٢٩ والتهذيب ج ٢ ص ٢٠١ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٢٧ . والتهذيب ج ٢ ص ٢٠١ .

عدّتها من الأوّل و عدّة أخرى من الآخر ، و إن لم يكن دخل بها فرّق بينهما و أتمّت عدّتها من الأوّل و كان خاطباً من الخطّاب » (١).

ثمّ إنّه استشكل على فقه صحيحة ابن الحجّاج و ذكر إشكالان أحدهما أنّ المراد بالجهالة المفروضة فيها إن كان هوالشكّ فحكمه عليه السلام بالمعذوريّة لاينطبق على القواعد ضرورة أنّ الشكّ إن كان في الحكم الشرعيّ الكلّي وهو حرمة التزويج في العدّة فالشاكّ فيه لا يكون معذوراً إلّا بعد الفحص عن الدّليل و اليأس عنه ، و إن حملنا الصحيحة على ما بعد الفحص فيشكل بأنّه كيف يمكن أن يكون شاكّاً بعد الفحص مع وضوح هذا الحكم بين المسلمين و إن كان الشكّ في الموضوع و أنّها في العدّة أم لا فتارة يكون الشكّ فيه من جهة الشكّ في أصل مقدار العدّة بحسب جعل الشرع و أخرى من جهة الشكّ في انقضائها مع العلم بمقدارها شرعاً ، و على كلّ تقدير يكون الحكم بالمعذوريّة على خلاف القاعدة إذمقتضى استصحاب الحكم في الأوّل و استصحاب الموضوع في الثاني عدم المعذوريّة و إن كان المراد بالجهالة هي الغفلة و الجهل المركّب بالحكم أو الموضوع أو كليهما أو الجهل البسيطة بأصل الموضوع و أنّها ذات عدّة أصلاً أم لا . فالحكم بالمعذوريّة و إن كان مطابقاً للقواعد إلّا أنّ مقتضاه تخصيص الحكم بالغافل مطلقاً و الشاكّ في أصل تحقّق الموضوع و هو مخالف لإطلاق سائر الأخبار وإطلاق كلمات الأصحاب.

و يمكن أن يقال : الحرمة التكليفيّة غير معلوم بل الظاهر كون الحرمة وضعيّة بمعنى فساد العقد ، و لعلّ المراد المعذوريّة في العقد عليها ثانياً بمعنى أنّ العقد الأوّل لايصير سبباً للحرمة الأبديّة فهومعذور ، ويجوز له العقد ثانياً كمايشعر بذلك قوله عليه السلام على المحكي « إذا انقضت عدّتها فهو معذور في أن يتزوّجها » و كذلك حرمة خطبتها لاتدلّ على حرمة العقد ، و لسنا بصدد إثبات الإباحة بل نقول :استفادة الحرمة من تلك الأخبار الّتي بأيدينا مشكلة فالمعذوريّة في المقام غير المعذوريّة في الأحكام التكليفيّة حتّى يرد ماذكر من أنّ المعذوريّة بعد الفحص .

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٢٧ .

و أمّا ما ذكر من أنّ الشكّ في الموضوع تارة يكون من جهة الشكّ في مقداره شرعاً فيتوجّه عليه أنّ هذا داخل في الشبهات الحكميّة وليس مجرى للاستصحاب إلّا بعد الفحص و اليأس ، و أمّا صورة الشكّ في الموضوع من جهة الشكّ في انقضاء العدّة فالشكّ فيها إن كان من جهة الشكّ في مبدئها كما إذا شكّ في أنّ الطلاق وقع في أوّل محرّم حتّى تكون العدّة منقضية أو في أوّل صفر حتّى تكون غير منقضية فالظاهر عدم جريان الاستصحاب فيه ، لأنّ معنى الاستصحاب هو التمديد ، و المفروض أنّ الشكّ في مبدء المدّة ، نعم يستصحب عدم جواز النكاح .

و الإشكال الثاني أنّ تعليله عليه السلام على المحكي أهونيّة الجهالة بالحكم وإنّ الله تعالى حرّم عليه ذلك من الجهالة بالموضوع و أنّها في العدّة بقوله عليه السلام « لأنّه لايقدر على الاحتياط معها » بناء على كون الجهالة في الموضعين بمعنى واحد لأنّها إن كانت بمعنى الغفلة فلا إشكال في عدم قدرته على الاحتياط في الموضعين ، و إن كانت بمعنى الشكّ فلاإشكال في قدرته على الاحتياط معه في كليهما ، والتفكيك بين الجهالتين بحسب المعنى بأن يجعل الجهالة بالحكم بمعنى الغفلة ، و الجهالة بالموضوع بمعنى الشكّ و إن كان يستقيم معه التعليل إلّا أنّه خلاف الظاهر .

و أجيب عنه بأنّ وجه قدرته على الاحتياط في الثاني وعدمه في الأوّل هوأنّه يتمكّن في الثاني بعد الالتفات إلى الحكم الوضعي من رفع اليد عن المرأة ، و هذا بخلاف الأوّل فإنّه عمل غفلة بالفعل المحرّم شرعاً ، و لا يتمكّن من تداركه بعد الالتفات ، نعم لو التفت قبل انقضاء العدّة لا يجوز له قبل انقضائها تجديد العقد عليها فتدبّر .

و فيه إشكال لأنّ ماذكر مبنيّ على ثبوت الحرمة التكليفيّة لنفس العقد بدون الدّخول و إثباته مشكل و ربما يتمسّك بأنّ الخطبة حرام فالنكاح بطريق أولى و لا يتمّ لعدم العلم بالمناط وعلى تقدير الحرمة وحمل الجهالة على الغفلة لا الشكّ مع الالتفات فحال الغفلة لا يقدر على الاحتياط ، وبعد الالتفات يتمكّن من الاحتياط سواء كان الشكّ من جهة الحكم أو من جهة الموضوع برفع اليد عن المرأة فإن كان العقد في نفسه

محرّماً مع عدم الدّخول كما هو المفروض فلا تمكّن له من تداركه، فلا بدّ من ردّ علمه إلى أهله .

وما ذكر مبنيّ على حمل الجهالة على الغفلة وظاهر الكلمات شمولها لصورة الشكّ كما لعلّه الظاهر من الأخبار ولا أقلّ من قابليّة السؤال لكلا المعنيين و عدم التعرّض لمراده من كلامه فلا يكون المرأة زانية وتستحقّ المهر ويكون الولد مع الدّخول ولد شبهة ، و تتمّ العدّة للزّوج الأوّل و تستأنف عدّة اُخرى لمن تزوّج بها ، هذا هو مقتضى القاعدة المقرّرة في الاصول من أنّ تعدّد الاسباب موجب لتعدّد المسبّبات وهو المشهور بين الأصحاب و يدلّ عليه الحسن كالصحيح ، عن أبي عبدالله عليه السلام الّذي رواه الحلبيّ ، و موثّق محمّد بن مسلم المتقدّمان ولا يعارضهما موثّقة زرارة المتقدّمة عن أبي جعفر عليهما السلام « في امرأة فقدت زوجها أو نعي إليها فتزوّجت ثمّ قدم زوجها بعد ذلك فطلّقها ؟ قال عليه السلام : تعتدّ منهما جميعاً ثلاثة أشهر عدّة واحدة ، و ليس للآخر أن يتزوّجها [1] » .

و صحيحته عن أبي جعفر عليهما السلام « في امرأة تزوّجت قبل أن تنقضي عدّتها ، قال عليه السلام : يفرّق بينهما و تعتدّ عدّة واحدة منهما جميعاً [2] » لاعتضاد رواية الحلبيّ و موثّق محمّد بن مسلم و غيرهما ممّا يطابقهما بالشهرة و الإجماع فاللازم طرحهما أو حملهما على أنّ المراد من الواحدة فيهما هو الاتحاد في المقدار و مع تسليم التكافؤ لموافقة تلك الأخبار للعامّة فالمرجع استصحاب الحرمة لا العدّة بعد كون الشكّ في أصل مقدارها بحسب جعل الشرع إذ لا مجال لجريان الاستصحاب فيها ، هكذا قيل .

ويمكن أن يقال : مع احتمال أن يكون أخذ المشهور من باب الترجيح أو التخيير يشكل ترك الرّوايتين ، و ما ذكر من حمل الرّوايتين على ما ذكر لا مجال له فإنّ الحكيم إذا كان في مقام البيان لا يريد من كلامه غير الظاهر منه كما لا يخفى.

و أمّا ما ذكر من أنّه مع التكافؤ يرجع إلى الاستصحاب فلم يظهر وجهه مع أنّ

---

(١) و (٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٠٢ و الاستبصار ج ٣ ص ١٨٨ .

القاعدة التخيير مع التكافؤ ، هذا مضافاً إلى الإشكال في الاستصحاب في الشبهات الحكميّة و كيف كان لا إشكال ولا خلاف في أنّ لها مهرها على الزّوج الأوّل للعقد و الوطي الصحيحين ولا تستحقّ على الثاني مع علمها بالتحريم إذ لا مهر لبغيّ .

و أمّا مع جهلها بالتحريم و عدم الدّخول فلاشيء لها عليه لفساد العقد و عدم استحلال الفرج . و أمّا مع الدّخول فالمعروف أنّه لا إشكال في استحقاقها للمهر بما استحلّ من فرجها .

و يمكن أن يقال : أمّا مع الجهل بنحو تكون معذورة كصورة الغفلة أو الجهل المركّب بحيث تعتقد أنّه لا إشكال في تزوّجها فلا إشكال ، و أمّا مع الشكّ و احتمال الحرمة فيقع الإشكال لأنّ الشاكّ الملتفت غير معذور و هو في حكم العامد ، ثمّ مع استحقاق المهر من جهة استحلال الفرج يقع الإشكال في أنّ المستحقّ المهر المسمّى في العقد الفاسد أو مهر المثل ، منشأ الإشكال و الاختلاف أنّ اللاّم الدّاخلة على المهر في قولهم عليهم السلام على المحكي «فلها المهر بما استحلّ من فرجها» هل هي للعهد كي يكون المراد ما هو المعهود بينهما من المهر المسمّى ، أو يكون المراد ما هو المعهود في الشرع من المسمّى مع التعيين والمثل مع عدمه ، أو أنّها للجنس كي يكون المراد أنّها تستحقّ مهراً وليست كالزّانية في عدم استحقاقها أصلاً ، وقد يقال : إنّ الظاهر أنّها للعهد والمراد ما هو المعهود بينهما من المسمّى كما لا يخفى على من راجع الأخبار . وفيه تأمّل حيث إنّ العلّة ظاهراً استحلال الفرج لا التسمية في العقد الفاسد و الاستحلال يناسب مع الجنس لا مع الخاص المسمّى في العقد الفاسد .

و أمّا نكاح المحرم فلا إشكال في فساده وبطلانه و إنّما الخلاف في أنّه يوجب تحريم المرأة عليه أبداً مطلقاً علم بالحرمة أو لم يعلم ، دخل بها أو لم يدخل ، أو أنّه لا يوجب التحريم الأبديّ إلّا مع العلم وإن لم يدخل بها أو مع الدّخول وإن لم يعلم بالحرمة ، و منشأ الخلاف اختلاف ما ورد في المسئلة من الأخبار .

فمنها ما دلّ على أنّها يوجب التحريم أبداً مطلقاً كخبر أديم بن الحرّ الخزاعيّ عن الصادق عليه السلام « إنّ المحرم إذا تزوّج و هو محرم فرّق بينهما و لا

يتعاودان أبداً » (١).

وخبر الحكم بن عتيبة « سألت أباجعفر عليه السلام المحرم تزوّج امرأة في عدّتها قال عليه السلام : يفرّق بينهما ولا تحلّ له أبداً » (٢).

وخبر إبراهيم بن الحسن ، عن أبي عبدالله عليه السلام « إنّ المحرم إذا تزوّج وهو محرم فرّق بينهما ثمّ لا يتعاودان أبداً » (٣).

ومنها ما دلّ على أنّه فاسد ولكن لا يوجب التحريم الأبدي مطلقاً كخبر محمّد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام « في رجل ملك بضع امرأة و هو محرم قبل أن يحلّ ؟ فقضى عليه السلام أن يخلّي سبيلها و لم يجعل نكاحها شيئاً حتّى يحلّ فإذا أحلّ خطبها إن شاء فإن شاء أهلها زوّجوه و إن شاؤوا لم يزوّجوه » (٤).

و منها ما دلّ على أنّه يوجب الحرمة الأبديّة إذا كان عالماً بالحكم كخبر زرارة و داود بن سرحان ، عن أبي عبدالله عليه السلام و خبر أديم بيّاع الهروي عنه عليه السلام أيضاً أنّه قال : « والمحرم إذا تزوّج وهو يعلم أنّه حرام عليه لم تحلّ له أبداً » (٥).

فقد يقال : إنّ مقتضى القاعدة وإن كان هو الجمع بينهما بتقييد الطائفة الأولى الدالّة على التحريم أبداً مطلقاً بمفهوم الطائفة الثالثة الدالّ على عدم التحريم مع الجهل و تقييد الطائفة الثانية الدالّة على عدم التحريم مطلقاً بمنطوق الطائفة الثالثة الدالّ على التحريم مع العلم وتصير النتيجة هو التحريم مع العلم دخل بها أم لا ، وعدم التحريم مع الجهل دخل بها أم لا ، إلّا أنّ تقييد الطائفة الأولى بمفهوم الطائفة الثالثة حيث يوجب حملها على الفرد النّادر لندرة إقدام المحرم الّذي هو في مقام إتيان ما هو من أفضل

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٠١ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٢٥ .

(٣) الكافي ج ٢ ص ٣٧٢ .

(٤) التهذيب ج ١ ص ٥٤١ حسبما رقمناه و٢٩٩ حسبما رقم فيه .

(٥) الكافي ج٥ ص ٤٢٦ .

الأعمال على النكاح مع علمه بالحرمة والفساد فتكون الطائفة الأولى بهذه الملاحظة كالنص في الاطلاق فيقع المعارضة بينها وبين مفهوم الطائفة الثالثة فيرجع في مورد التعارض و هو التزويج مع الجهل إلى عموم « و اُحلّ لكم ما وراء ذلكم » .

و يمكن الجمع بأن يحمل الطائفة الأولى بقرينة قوله عليه السلام على المحكيّ « فرّق بينهما » التحريم مع الدخول لا التفريق الاعتباري بمعنى ارتفاع الزّوجيّة لأنّه حاصل بنفس فساد العقد من دون حاجة إلى أمر الحاكم أو عدول المؤمنين ، بل المراد التفريق الخارجي من جهة الاجتماع في الفراش الغير المنفكّ غالباً عن الدخول وحينئذ يرتفع التعارض بينها و بين الطائفة الثانية لأنّ هذه مقيّدة والطائفة الثانية مطلقة ، و كذا يرتفع التعارض بينها و بين الطائفة الثالثة لأنّ النسبة بينها و بين المفهوم و إن كانت عموماً من وجه إلّا أنّ المفهوم لا يصلح للمعارضة مع المنطوق من جهة أنّ دلالة التعليق على الشرط على المفهوم إنّما هي من جهة ظهور التعليق عليه في كونه علّة منحصرة و ظهوره في ذلك ليس بمثابة يعارض مع ظهور المنطوق .

ويمكن أن يقال : أمّا ماذكر من الجمع بينهما بتقييد الطائفة الأولى ـ الخ . فهو لا يرفع التنافي بين الاطلاقين . نعم يمكن الجمع بين أحد الاطلاقين و بين مادلّ على التقييد ، و ثانياً نقول : فرق بين الإطلاق وترك الاستفصال وخبر الحكم ترك الاستفصال فيه فهو أقوى من الاطلاق لانّه ليس تركه من قبيل ضرب القانون .

وأمّا ماذكر من أنّه يمكن الجمع بأن يحمل الخ فيشكل لمنع الظهور في ما ذكر ونظير هذا التعبير أعني قوله عليه السلام على المحكي « فرّق بينهما » ذكر في الأخبار السابقة ولم يحمل على ما ذكر و الفعل المبنيّ للمفعول لم يذكر فاعله ، و يصحّ بأن يفرّق الزّوج والزّوجة أنفسهما لا الحاكم ولا عدول المؤمنين فمع الترجيح بموافقة الكتاب يؤخذ بالموافق له ولو لا الترجيح كان مقتضى ما دلّ على التخيير التخيير .

و أمّا حرمة اُمّ الغلام و بنته و اُخته على المرتكب فيدلّ عليه صحيح ابن أبي عمير ، عن رجل من أصحابه ، عن أبي عبدالله عليه السلام « في الرّجل يعبث بالغلام قال: إذا

أوقب حرمت عليه بنته و اُخته » [١] .

و خبر اليماني عنه عليه السلام أيضاً « في الرّجل يعبث بغلام هل تحلّ له اُمّه ؟ فقال عليه السلام : إن كان ثقب فلا » [٢] .

و خبر حمّاد بن عثمان « قلت لأبي عبدالله عليه السلام : رجل أتى غلاماً أتحلّ له اُخته ؟ فقال عليه السلام : إن كان ثقب فلا » [٣] إلى غير ذلك من النصوص .

و هل يشمل الأخبار صورة تحقّق الوطي بالشبهة ؟ قد يستشكل من جهة منع الإطلاق من جهة الوقوع عن شبهة ، و اُجيب بأنّ ندرة الوجود تمنع الحمل على الاطلاق بناء على ماذهب إليه السلطان من توقّف الحمل عليه على . مقدّمات سمّاها بمقدّمات الحكمة ، و أمّا بناء على ماهو الحقّ من عدم الاحتياج إلى تلك المقدّمات و ان إسناد الحكم إلى الطبيعة مهملة بنفسه ظاهر في كونها تمام الموضوع للحكم وأنّ الحكم متعلّق بها بالأصالة لا بالعرض و تبعاً للفرد و المقيّد من جهة تحقّقها بتحقّقه فلا يمنع ندرة الوجود عن الحمل على الإطلاق كما لا يوجب ندرته انصراف الإطلاق عن النادر إلى غيره .

ويمكن أن يقال: نمنع تعلّق الحكم في صورة تقييد الموضوع بقيد تبعاً فإذاقال المولى : أكرم العالم العادل . ليس تعلّق بنفس العالم تبعيّاً للعالم العادل لأنّ العالم العادل ليس إلّا العالم والمقيّد بالعدالة فيلزم أن يكون تعلّق الوجوب بإكرام نفس العالم تبعاً لتعلّقه بإكرام نفس العالم المنضمّ بقيد العدالة و هو كما ترى ، فتأمّل .

ثمّ إنّ ظاهر الأخبار ما لو وقع الوطيء من الرّجل فلا يشمل وقوعه من غير البالغ والقطع بعدم الفرق مشكل ، والمسئلة محلّ الخلاف و إن اشتهر عدم الفرق فمقتضى الاحتياط عدم التزويج و إن وقع فلا بدّ من الاحتياط بالطلاق لرفع الشبهة .

﴿ السبب الرّابع في استيفاء العدد إذا استكمل الحرّ أربعاً بالغبطة حرم عليه

---

(١) الكافي ج ٥ ص ٤١٧ . (٢) الكافي ج ٥ ص ٤١٧ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٠٢ .

ما زاد ، و يحرم عليه من الإماء ما زاد على اثنتين وإذا استكمل العبد حرّتين أوأربعاً من الإماء غبطة حرم عليه ما زاد ، و لكلٍّ منهما أن يضيف إلى ذلك بالعقد المنقطع و بملك اليمين ما شاء ﴾ .

أمّا عدم جواز العقد الدّائم للحرّ على أزيد منأربع حرائر فهو مجمعٌ عليه بين المسلمين و يدلّ عليهالأخبار منها حسنة زرارة و محمّد بن مسلم « إذا جمع الرّجلأربعاً فطلّق إحديهنّ فلا يتزوّج الخامسة حتّى تنقضي عدّة المرأة الّتي طلّق » [۱] .

و قول الصادق عليهالسّلام على المحكيّ في صحيحة زرارة « لا يجمع ماءه في خمس » [۲] .

و كذا يحرم ما زاد على أمتين فيالنكاح الدّائم ، وادّعي عليه الإجماعواستدلّ عليه بقول أبي جعفر عليه‌السلام على المحكيّ في رواية أبي بصير «لا يصلح أن يتزوّج ثلاث إماء »[۳] ولو لا الاجماع لكان استفادة الحرمة من هذه الرّواية مشكلة .

و أمّا عدم جواز العقد الدّائم علىأزيد منأربع إماء للعبد أو حرّتين فالظاهر عدم الخلاف فيه ، و يدلّ عليه النصوص منها صحيحة محمّد بن مسلم ، عن أحدهما عليهما‌السلام « سألته عن العبد يتزوّج أربع حرائر ؟ قال : لا ، ولكن يتزوّج حرّتين و إن شاء - تزوّج أربع إماء » [۴] .

و منها خبر الصيقل ، عن أبي عبدالله عليه‌السلام « سألته عن المملوك ما يحلّ له من النساء ؟ فقال عليه‌السلام : حرّتان أو أربع إماء » [۵] .

و منها خبر زرارة ، عن أحدهما عليهما‌السلام « سألته عن المملوك كم يحلّ له أن

(۱) الكافي ج ۵ ص ۴۲۹ والتهذيب ج ۲ ص ۱۹۸.

(۲) التهذيب ج ۲ ص ۱۹۸ .

(۳) « ج ۲ ص ۱۹۸ .

(۴) الكافي ج ۵ ص ۴۷۶ ، والتهذيب ج ۲ ص ۱۹۸ .

(۵) الكافي ج ۵ ص ۴۷۷ والتهذيب ج ۲ ص ۱۹۸ .

يتزوّج ؟ قال عليه السلام : حرّتان أو أربع إماء » [1] .

و في خبره الآخر ، عن أبي جعفر عليه السلام « لا يجمع من النساء أكثر من حرّتين » [2] .

و أمّا جواز أن يضيف كلٌّ من الحرّ والعبد بالعقد المنقطع ما شاء فهوالمشهور و عن ابن البرّاج تحريم الزّيادة على الأربع و يدلّ عليه الأخبار منها ما رواه في الكافي عن زرارة فيالصحيح «قال : قلت : ما تحلّ من المتعة ؟ قال : كم شئت » [3] .

و عن عمر بن اُذينة في الصحيح أوالحسن ، عن أبي عبدالله عليه السلام «قال : قلت له: كم تحلّ من المتعة ؟ قال : فقال : هنّ بمنزلة الإماء » [4].

و روى في الفقيه عن الفضيل بن يسار « أنّه سأله عن المتعة فقال : هي كبعض إمائك » [5] .

و ما رواه في الكافي والتهذيب ، عن بكر بن محمّد الأزدي في الصحيح « قال : سألت أبا الحسن عليه السلام عن المتعة هي من الأربع ؟ فقال : لا » [6] .

و ما رواه المشايخ الثلاثة ـ نوّر الله تعالى مراقدهم ـ عن أبي بصير « قال : سئل أبو عبدالله عليه السلام عنالمتعة أهي من الأربع ؟ قال : لا ولا من السبعين » [7] .

و ما رواه في الكافي والتهذيب ، عن محمّد بن مسلم ، عن أبي جعفر عليه السلام « فيالمتعة قال : ليست من الأربع لأنّها لا تطلّق ولا ترث ، و إنّما هي مستأجرة » [8] .

و ما رواه في الكافي عن إسماعيل بن فضل في الصحيح أو الحسن « قال : سألت

---

(١) التهذيب ج ٢ ص ٣٠٨ والكافى ج ٥ ص ٤٧٧ .

(٢) الكافى ج ٥ ٤٧٧ والتهذيب ج ٢ ص ٣٠٧ .

(٣و٤) الكافى ج ٥ ص ٤٥١ .

(٥) باب المتعة تحت رقم ١٣ .

(٦و٧و٨) الكافى ج ٥ ص ٤٥١ والتهذيب ج ٢ ص ١٨٨ والاستبصار ج٣ ص١٤٧و ١٤٨ و الفقيه باب المتعة تحت رقم ١٢ .

أباعبدالله عليه السلام عن المتعة فقال : ألق عبدالملك بن جريج فاسئله عنها فإنّ عنده منها علماً فأتيته فأملى عليّ شيئاً كثيراً في استحلالها ، فكان فيما روى لي ابن جريج قال : ليس فيها وقت ولا عدد إنّما هي بمنزلة الإماء يتزوّج منهنّ كم شاء ، و صاحب الأربع نسوة يتزوّج منهنّ ما شاء بغير وليّ ولا شهود فإذا انقضى الأجل بانت منه بغير طلاق ، و يعطيها الشيء اليسير و عدّتها حيضتان فإن كانت لا تحيض فخمسة و أربعون يوماً ، فأتيت بالكتاب أبا عبدالله عليه السلام فعرضت عليه فقال : صدق وأقرّ به ، قال ابن اُذينة و كان زرارة بن أعين يقول : هذا و يحلف أنّه الحقّ إلّا أنّه يقول : إن كانت تحيض فحيضة و إن كانت لا تحيض فشهر و نصف » [1] .

و احتجّ ابن البرّاج على ما نقل عنه بعموم « فانكحوا ماطاب لكم من النساء ـ الآية » و ما رواه الشيخ عن أحمد بن محمّد بن أبي نصر ، عن أبي الحسن عليه السلام « قال : سألته عن الرّجل يكون عنده المرأة ، أيحلّ له أن يتزوّج باُختها متعة ؟ قال : لا ، قلت : حكى زرارة عن أبي جعفر عليه السلام إنّما هي مثل الإماء يتزوّج ماشاء ، قال : لا هي من الأربع » [2] .

و يدلّ على ذلك أيضاً ما رواه الشيخ في التهذيب عن عمّار الساباطيّ في الموثّق عن أبي عبدالله عليه السلام « عن المتعة قال : هي إحدى الأربع » [3] .

و اُجيب عن الآية بعد تسليم دلالتها على تحريم الزّائد بالحمل على النكاح الدّائم جمعاً بينها و بين الأخبار المتقدّمة ، و عن الرّواية بحمل النهي على الكراهة ، و حمل قوله « من الأربع » على الاستحباب كما يدلّ عليه رواية البزنطيّ الاُخرى عن أبي الحسن الرّضا عليه السلام قال : « قال أبو جعفر عليه السلام : اجعلوهنّ من الأربع ، فقال له صفوان بن يحيى على الاحتياط ؟ قال : نعم » [4] حيث إنّ الإمام عليه السلام ليس شأنه الاحتياط في الحكم بل محمول على الاحتياط من جهة تشنيع العامّة لأنّه إذا جعله من الأربع أمكنه دعوى كونها دائمة لا متعة بخلاف ما لو زادت على الأربع .

---

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٥١ .

(٢و٣و٤) التهذيب ج ٢ ص ١٨٨ والاستبصار ج ٣ ص ١٤٧ .

و أمّا جواز إضافة ملك اليمين ماشاء فلا إشكال فيه و يدلّ عليه ما رواه في كتاب قرب الإسناد ، عن الحسين بن علوان ، عن جعفر ، عن أبيه ، أنّ عليّاً عليه السلام كان يقول: لا يتزوّج العبد أكثر من امرأتين » (١) .

و لكلّ من الحرّ والعبد أن يضيف إلى ذلك بالعقد المنقطع و ملك اليمين ما ما شاء ، و في خصوص العبد ما رواه في الكافي عن الحسن بن زياد ، عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث قال : « لا بأس أن يأذن له يعني المملوك مولاه فيشتري من ماله إن كان له جارية أو جواري يطؤهنّ و رقيقة له حلال » (٢) .

و عن إسحاق بن عمّار في الموثّق قال : « سألت أباعبدالله عليه السلام عن المملوك يأذن له مولاه أن يشتري من ماله الجارية و الثنتين والثلاث و رقيقة له حلال ؟ قال : يحدّ له حدّاً لا يتجاوزه » (٣) .

و عن زرارة ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : « إذا أذن لعبده أن يتسرّى من ماله فانّه يشتري كم شاء بعد أن يكون قد أذن له » (٤) .

و ما رواه الشيخ عن محمّد بن الفضيل قال : « سألت أبا الحسن عليه السلام عن المملوك كم يحلّ له من النساء ؟ قال : لا يحلّ له إلّا ثنتان و يتسرّى ما شاء » (٥) .

﴿ و إذا طلّق واحدة من الأربع حرم عليه ما زاد غبطة حتّى يخرج من العدّة أو تكون المطلّقة بائنة ، و كذا لو طلّق امرأة و أراد نكاح اُختها ، ولو تزوّجهما في عقد بطل ، و قيل : يتخيّر والرّواية مقطوعة ﴾ .

إذا طلّق واحدة من الأربع فإن كان الطلاق رجعيّاً فالظاهر أنّه لا خلاف في عدم جواز نكاح الخامسة ولا اُخت المطلّقة لعدم خروج المطلّقة عن حكم الزّوجة مادامت في العدّة و إن كانت المطلّقة بالطلاق البائن فالمشهور جواز نكاح الخامسة لخروجها

---

(١) قرب الاسناد ص ٥٠ .

(٢) المصدر ج ٥ ص ٤٧٧ .

(٣و٤) الكافي ج ٥ ص ٤٧٧ .

(٥) التهذيب ج ٢ ص ٣٠٥ . والاستبصار ج ٣ ص ٢١٣ .

عن حكم الزّوجة خلافاً لماحكي عن بعض الفقهاء من وجوب الصبر إلى انقضاء العدّة لا طلاق جملة من الأخبار كصحيحة زرارة عن الصادق عليه السلام « إذا جمع الرّجل أربعاً فطلّق إحديهنّ فلا يتزوّج الخامسة حتّى تنقضي عدّة المرأة الّتي طلّق » (١) .

و أورد بأنّه و إن كانت الأخبار مطلقة شاملة لما إذا كان الطلاق بائناً إلّا أنّه لابدّ من رفع اليد عن إطلاقها بما ورد في جواز نكاح اُخت المطلّقة البائنة قبل انقضاء عدّتها من التعليل بقوله عليه السلام على المحكيّ « إذا أبرء عصمتها فلم يكن له عليهارجعة فله أن يخطب اُختها » (٢) الدّالّ على أنّ المدار انقطاع العصمة .

و أورد عليه بأنّه لم يعلم كون ما ذكر من العلّة المنصوصة كي يتعدّى عن موردها إلى غيره إذ لعلّ لخصوصيّة المورد دخلاً في الحكم فالأولى في الجواب منع الإطلاق بأن يقال : الظاهر من التعبير بالطلاق على نحوالإطلاق من غير تقييدبالخلع أو المبارات أو البائن هو إرادة صرف الوجود من الرّجعي لا الأعمّ منه .

و يمكن أن يقال : قد يستفاد من مناسبة الحكم والموضوع عدم مدخليّة الخصوصيّة ، ولذا لو قيل : لا تشرب الخمر لإسكارها . يتعدّى إلى كلّ مسكر ، ولا مجال لاحتمال دخلخصوص الخمر ، و كذلك يشكل في المقام احتمال دخل خصوص الأُخت .

و أمّا ما ذكر من عدم الإطلاق فيالطلاق يشكل من جهة أنّ ما ذكرإن سلّم في قبال الخلع والمبارات فهو غير مسلّم في البائن ، و لذا يذكر الخلع والمبارات في الفقه بالاستقلال دون البائن ، فالإطلاق يشمل البائن ولا بدّ في القول بعدم الحاجة إلى انقضاء العدّة في البائن ، فمثل التمسّك بما ذكرلا يمنع الإطلاق ، و يشهد لما ذكر ما رواه الصدوق بطريقه إلى الحسن بن محبوب ، عن سعد بن أبي خلف ، عن سنان بن طريف ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « سئل عن رجل كنّ له ثلاث نسوة ، ثمّ تزوّج امرأة فلم يدخل بها، ثمّ أراد أن يعتق أمة ويتزوّجها قال : إن هوطلّق الّتي لميدخل

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٢٩ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٣١ .

بها فلا بأس أن يتزوّج اُخرى من يومه ذلك ، و إن طلّق من الثلاث النسوة اللاّتي دخل بهنّ واحدة لم يكن له أن يتزوّج امرأةً اُخرى حتّى تنقضي عدّة المطلقة » [1] .

ففي هذه الرّواية عبّر بالطلاق من غير تقييد الطلاق بالبائن .

والرّوايات الواردة في خصوص الاُخت منها ما رواه في الكافي ، عن زرارة ، عن أبي جعفر عليه السلام « في رجل طلّق امرأته و هي حبلى أيتزوّج اُختها قبل أن تضع ؟ قال: لا يتزوّجها حتّى يخلو أجلها » [2] .

و عن عليّ بن أبي حمزة عن أبي إبراهيم عليه السلام قال: « سألته عن رجل طلّق امرأته أيتزوّج اُختها ؟ قال : لا حتّى ينقضي عدّتها » [3] إلى غير ذلك من الأخبار .

و أمّا بالنسبة إلى الطلاق البائن وأنّه يجوز له التزوّج ولا يتوقّف على انقضاء العدّة فما رواه في الكافي والتهذيب في الصحيح إلى أبي بصير وهو مشترك وإن استظهر عدّ حديث الضرير في الصحيح عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « سألته عن رجل اختلعت منه امرأته أيحلّ أن يخطب اُختها من قبل أن تنقضي عدّة المختلعة ؟ قال : نعم قد برئت عصمتها و ليس له عليها رجعة » [4] .

و ما رواه في الكافي في الصحيح أو الحسن ، عن أبي عبدالله عليه السلام « في رجل طلّق امرأته أو اختلعت منه أو بارئت أله أن يتزوّج باُختها ؟ قال : فقال : إذا برئت عصمتها ولم يكن له عليها رجعه فله أن يخطب اُختها ـ الحديث » [5] .

و ما رواه الحسين بن سعيد في كتابه بسنده عن أبي بصير والمفضّل بن صالح وأبي اُسامة جميعاً عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « المختلعة إذا اختلعت من زوجها ولم يكن له عليها رجعة حلّ له أن يتزوّج اُختها في عدّتها » [6] .

---

(١) الفقيه باب ما أحل الله من النكاح تحت رقم ٤٧ .

(٢و٣) الكافي ج ٥ ص ٤٣٢ .

(٤) الكافي ج ٦ ص ١٤٤ و قدم تقدم .

(٥)الكافي ج ٥ ص ٤٣٢ والتهذيب ج ٢ ص ١٩٨ .

(٦) الوسائل كتاب الطلاق أبواب العدد ب ٤٨ ح ٥ .

ولو تزوّج الاُختين في العقد الواحد بطل نكاحهما على الأشهر لامتناع صحّة نكاحهما و صحّة نكاح إحديهما ترجيح بلامرجّح وإحداهما لا بعينها لاتكون موضوعاً للصحّة ، و قيل : يتخيّر إحديهما و يخلّي سبيل الاُخرى ، و به رواية مرسلة في التهذيب و الكافي و مرويّة في الفقيه في الصحيح « في رجل تزوّج اُختين في عقد واحد ؟ قال عليه السلام : هوبالخيار يمسك أيّتهما شاء ويخلّي سبيل الاُخرى»[1] والمشهور لم يعملوا بظاهره .

﴿و لو كان معه ثلاث فتزوّج اثنتين في عقد فإن سبق باحديهما صحّ دون اللّاحقة وإن قرن بينهما بطل فيهما . وقيل: يتخيّر أيّتهما شاء . وفي رواية جميل لو تزوّج خمساً في عقد واحد يتخيّر أربعاً ويخلّي باقيهنّ﴾ .

ولو تزّوج اثنتين وله ثلاث فإن سبق عقد إحديهما ولوكان تزوّجهما بعقدواحد لكن كان ذكر إحديهما في الايجاب والقبول سابقاً على ذكر الاُخرى صحّ عقد السابقة دون اللّاحقة وإن اتّفقا بطل العقدان على المشهور ، وذلك لامتناع صحّة نكاح كلتيهما و صحّة نكاح إحديهما بعينها ترجيح بلامرجّح و إحداهما لابعينها لا تكون موضوعاً للصحّة لعدم تعلّق العقد بهذا العنوان .

و قيل : يتخيّر في تعيين أيّتهما ولعلّه لحسنة جميل أوصحيحته المرويّة في الكافي و الفقيه و التهذيب عن أبي عبدالله عليه السلام « في رجل تزوّج خمساً في عقدة ؟ قال عليه السلام: يخلّي سبيل أيّتهنّ شاء ويمسك الأربع »[2] لعدم القول بالفرق بين المسألتين .

وقد ظهر وجه البطلان و الحقّ أنّه لا مانع من صحّة البعض و بطلان البعض كما التزموا فيمالو أسلم الزّوج على خمس زوجات ، ولا مانع من العمل بالرّوايتين المذكورتين لولا مخالفة المشهور و مخالفتهم مشكلة .

---

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٣١ . والتهذيب ج ٢ ص ١٩٥ . وفي الفقيه باب ما أحل الله من النكاح تحت رقم ٢٥ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٣٠ والتهذيب ج ٢ ص ١٩٨ والفقيه باب ماأحل الله من النكاح تحت رقم ٢٥.

﴿ و إذا استكملت الحرّة طلقات ثلاثاً حرمت حتّى تنكح زوجاً غيره ولو كانت تحت عبد ، وإذا استكملت الأمة طلقتين حرمت حتّى تنكح زوجاً غيره ولو كانت تحت حرّ . و المطلّقة تسعاً للعدّة تحرم على المطلّق أبداً ﴾ .

لو طلّق امرأته الحرّة ثلاث طلقات بينها رجعتان أو باستيناف عقد أو بنحو التركيب من الرّجع حرمت عليه حتّى ينكحها زوج آخر من غير فرق بين كون الطلاق طلاق سنّة أو طلاق عدّة بلاخلاف في ذلك إلاّ من ابن بكير حيث خصّ ذلك بالطلاق العدّي مستنداً إلى بعض النصوص الشاذّة المعارضة بالنصوص المستفيضة الموافقة للكتاب والسنّة واستدلّ عليه بقوله تعالى «الطلاق مرّتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان فإن طلّقها فلاتحلّ له حتّى تنكح زوجاً غيره فإن طلّقها فلاجناح عليهما أن يتراجعا ـ الآية ».

و وجه دلالتها على أنّ الطلاق المحرّم هو الثالث تعقيب قوله تعالى « فإن طلّقها فلاتحلّ له » لقوله تعالى «الطلاق مرّتان » فإنّه يدلّ على أنّ الطلاق المحرّم هو الطلاق الواقع بعد المرّتين ، وفسّر التسريح بإحسان بأن يطلّقها التطليقة الثالثة ، والمروي أنّه قيل للنبيّ ﷺ : الطلاق مرّتان فأين الثالثة ؟ قال ﷺ : «فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان » و يدلّ عليه أيضاً خبر أبي بصير المرويّ عن تفسير العياشيّ ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « المرأة الّتي لاتحلّ لزوجها حتّى تنكح زوجاً غيره الّتي تطلّق ثمّ تراجع ، ثمّ تطلّق ثمّ تراجع ، ثمّ تطلق الثالثة فلاتحلّ حتّى ـ إلى آخرها ـ إنّ الله تعالى يقول : «الطلاق مرّتان ـ الخ » والتسريح بإحسان هي التطليقة الثالثة [1] » .

و عنه أيضاً عن أبي جعفر عليه السلام « إنّ الله يقول : « الطلاق ـ الخ » و التسريح بإحسان هو التطليقة الثالثة[2] ».

و عن سماعة بن مهران « سألته عن المرأة الّتي لاتحلّ حتّى تنكح زوجاً غيره و تذوق عسيلته ويذوق عسيلتها و هو قول الله عزّ و جلّ : « الطلاق ـ الخ » قال عليه السلام : التسريح بإحسان التطليقة الثالثة » [3] .

---

(١)و(٢)و(٣) التفسير ج ١ ص ١١٦ والكافي ج ٦ ص ٧٦ .

ثمّ إنّ مقتضى إطلاق الآية الشريفة حرمة النكاح من غير فرق بين النكاح الدّائم والمتعة ولا يكفى في الحلّيّة أن ينكحها رجل آخر متعةً ففي خبر الصيقل عن أبي عبدالله عليه السلام «قلت : رجل طلّق امرأته طلاقاً لا تحلّ له حتّى تنكح زوجاً غيره فيتزوّجها رجلٌ متعةً أتحلّ للأوّل ؟ قال عليه السلام : لا ، لأنّ الله تعالى يقول : «فان طلّقها لا تحلّ له من بعد حتّى تنكح زوجاً غيره فإن طلّقها» والمتعة ليس فيها طلاق [1] ».

ولا فرق في حرمة الحرّة المطلّقة بالطلاق الثالث بين أن يكون الزّوج حرّاً أو عبداً ويدلّ عليه الأخبار منها ما عن زرارة في الصحيح أو الحسن عن أبي جعفر عليهما السلام « قال : سألته عن حرٍّ تحته أمة أو عبد تحته حرّة كم طلاقها وكم عدّتها فقال : السنّة في النساء في الطلاق فإن كانت حرّة فطلاقها ثلاث وعدّتها ثلاثة أقراء ، و إن كان حرٌّ تحته أمة فطلاقها تطليقتان وعدّتها قرءان [2] » .

و عن عبد الله بن سنان في الموثّق عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « طلاق المملوك للحرّة ثلاث تطليقات و طلاق الحرّ للأمة تطليقتان [3] » إلى غير ذلك من الأخبار.

وممّا ذكر ظهر أنّه مع استكمال الأمة طلقتين حرمت حتّى تنكح زوجاً غيره وإن كانت تحت حرٍّ .

ثمّ إنّه لا إشكال ولا خلاف في أنّه لو طلّق امرأته تسعاً للعدّة ينكحها بينها رجلان بأن طلّقها ثلاثاً بينها رجعتان في العدّة مع الوطي ، ثمّ تزوّجها المحلّل ثمّ بعد فراقها تزوّجها الأوّل فطلّقها ثلاثاً بينها رجعتان في العدّة مع الوطي ، ثمّ تزوّجها المحلّل ثمّ بعد فراقها تزوّجها الأوّل فطلّقها ثلاثاً بينها رجعتان في العدّة مع الوطي حرمت عليه المطلّقة في التاسعة أبداً .

و تفسير الطلاق العدّي في مقابل السنّي ما في صحيحة زرارة قال : « قلت

---

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٥٩ والاستبصار ج ٣ ص ٢٧٥ .

(٢) الكافى ج ٦ ص ١٦٧ و التهذيب ج ٢ ص ٢٨٤ والاستبصار ج ٣ ص ٣٣٥.

(٣) الكافى ج٦ ص ١٦٧ .

لأبي جعفر عليه السلام : فسّر لي طلاق السنّة و طلاق العدّة ، فقال عليه السلام : أمّا طلاق السنّة فإذا أراد الرّجل أن يطلّق امرأته فلينتظر بها حتّى تطمث وتطهر ، فإذا خرجت من طمثها طلّقها تطليقة من غير جماع ، و يشهد شاهدين على ذلك ، ثمّ يدعها حتّى تطمث طمثتين فتنقضي عدّتها بثلاث حيض و قد بانت منه ويكون خاطباً من الخطّاب إن شاءت تزوّجته وإن شاءت لم تتزوّجه وعليه نفقتها والسكنى مادامت في عدّتها وهما يتوارثان حتّى تنقضي العدّة. قال عليه السلام : وأمّا طلاق العدّة الّذي قال الله تعالى « فطلّقوهنّ ـ الخ».فإذا أراد الرّجل منكم أن يطلّق امرأته طلاق العدّة فلينتظر بها حتّى تحيض وتخرج من حيضها ، ثمّ يطلّقها تطليقة من غير جماع ويشهد شاهدين عدلين ويراجعها في يومه ذلك إن أحبّ أو بعد ذلك بأيّام قبل أن تحيض ويشهد على رجعتها و يواقعها حتّى تحيض فإذا حاضت وخرجت من حيضها طلّقها تطليقة اُخرى من غير جماع ، و يشهد على ذلك ، ثمّ يراجعها أيضاً متى شاء قبل أن تحيض ، و يشهد على رجعتها و يواقعها وتكون معه إلى الحيض أي الحيضة الثالثة فإذا خرجت من حيضتها الثالثة طلّقها التطليقة الثالثة بغير جماع ، ويشهد على ذلك ، فإذا فعل ذلك فقد بانت منه ولا تحلّ له حتّى تنكح زوجاً غيره ـ الخبر » [1] .

و قد يقال : إنّ الظاهر من أخبار الباب هو اعتبار أمرين في الطلقات التسع المحرّمة إحداهما تواليها والثاني وقوع نكاح رجلين خاصّة بينها وعليه فلو طلّقها تسعاً للعدّة حقيقة مع التفرّق بأن طلّقها خمسةً وعشرين مرّة وكان لكلّ ثلاثة منها واحدة عدّيّة من أوّل الدّور لا يوجب تحريمها عليه مؤبّداً لانتفاء الشرطين فما في المسالك من الحكم بالتحريم المؤبّد في هذه الصورة تمسّكاً بإطلاق ما دلّ على التحريم لا وجه له .

ويمكن أن يقال : عمدة ما يمكن أن يستدلّ به لاعتبار كون الطلقات للعدّة المرويّ في الخصال الآتي ولم يذكر الشرطان في الموثق الآتي و ليس فيه الشرطان المذكوران وهو ممّا ذكر مع سائر الأخبار فمع الأخذ به في مقام المعارضة لا يبقى دليل على اعتبار

(١) الكافي ج ٦ ص ٦٥ .

الشرطين نعم ذكر في الفقه الرّضوي لكنّ المشهور يستشكلون من جهة عدم إحراز انتساب ما فيه إلى الرّضا عليه السلام ، ثمّ إنّه وقع الإشكال والخلاف في أنّه هل يعتبر في الطلقات التسع المحرّمة أن تكون للعدّة كما نسب إلى المشهور أو يكفي كونها للسنّة ومنشأ الخلاف اختلاف الأخبار فمنها مادلّ على الاكتفاء بالسنّي و عدم اعتبار العدّي كالموثّق عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «الملاعنة إذا لاعنها زوجها لم تحلّ له أبداً والّذي يتزوّج امرأةً في عدّتها وهو يعلم لاتحلُّ له أبداً ، والّذي يطلّق الطلاق الّذي لاتحلُّ له حتّى تنكح زوجاً غيره ثلاث مرّات لاتحلُّ له أبداً »[1] .

و منها ما دلّ على انحصار الطلقات التسع المحرّمة أبداً بما إذا كانت الثلاثة الأخيرة للسنّة كرواية أبي بصير ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « وسألته عن الّذي يطلّق ثمّ يراجع، ثمّ يطلّق ، ثمّ يراجع ،ثمّ يطلّق ؟ قال عليه السلام لاتحلُّ له حتّى تنكح زوجاً غيره فيتزوّجها رجلٌ آخر ويطلّقها على السنّة ، ثمّ ترجع إلى زوجها الأوّل فيطلّقها ثلاث تطليقات تنكح زوجاً غيره فيطلّقها ، ثمّ ترجع إلى زوجها الأوّل فيطلّقها ثلاث مرّات على السنّة ، ثمّ تنكح فتلك الّتي لا تحلُّ له أبداً [2] » فإن كان المراد من السنّة في هذه الرّواية المقابلة للبدعة تطابق مع الرّواية السابقة في كفاية الأعمّ وإن كان المراد السنّة بالمعنى الأخصّ المقابل للعدّة تخالفها حيث أنّ مقتضاها لزوم كون الثلاثة الأخيرة للسنّة .

ومنها ما دلّ على اعتبار كون الطلقات التسع للعدّة كما في المروي عن الخصال في تعداد المحرّمات من الأزدواج من قول الصادق عليه السلام على المحكيّ : « و تزويج الرّجل امرأة طلّقها للعدّة تسع تطليقات وكما في المحكيّ عن الفقه الرّضوي ـ على الرّضا السلام ـ من قوله عليه السّلام على المحكيّ : « وأمّا طلاق العدّة فهو أن يطلّق الرّجل امرأته على طهر من غير جماع ، ثمّ يراجعها من يومه أو من غد و متى يريد

---

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٢٦ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٢٨ .

من قبل أن تستوفي قرءها و أدنى المراجعة أن يقبّلها أو ينكر الطلاق فيكون إنكار الطلاق مراجعة فإذا أراد أن يطلّقها ثانية لم يجز ذلك إلّا بعد الدُّخول بها وإذا أراد طلاقها تربّص بها حتّى تحيض و تطهر ثمّ يطلّقها فإن أراد مراجعتها راجعها فإن طلّقها الثالثة فقد بانت منه ساعة طلّقها فلا تحلُّ له حتّى تنكح زوجاً غيره فإذا انقضت عدّتها منه فتزوّجها ثمّ رجل آخر فطلّقها أو مات عنها و أراد الأوّل أن يتزوّجها فعل - إلى أن قال عليه السلام - فإن طلّقها ثلاث تطليقات على ما وصفته لك واحدة بعد واحدة فقد بانت منه ولا تحلُّ له بعد تسع تطليقات أبداً ، و اعلم أنّ كلّ من طلّق تسع تطليقات على ما وصفته لم تحلّ له أبداً » .

ثمّ إنّه بعد معارضة الأخبار ذكر في الجمع بينها وجوه منها أنّ التعارض بين ما دلّ على كفاية تسع تطليقات بأيّ نحو كانت وما دلّ على لزوم كون الثلاثة . الأخيرة للسنّة و ما دلّ على لزوم كون الطلقات عدّيّة و إن كان بالاطلاق والتقييد إلّا أنّ المقيّدين حيث يكونان متعارضين يكون المطلق سليماً عمّا يقيّده لسقوط المتعارضين عن الحجّيّة .

و أورد عليه بأنّ التعارض بينهما إنّما أوجب سقوطهما بالنسبة إلى ما تعارضا فيه ، و أمّا بالنسبة إلى نفي الثالث فلا مانع من الأخذ بهما و معه لا مجال للرّجوع إلى المطلق .

و يمكن أن يقال : لا نسلّم حجّيّة المتعارضين في نفي الثالث لأنّ النفي إن كان من جهة أنّه مدلولٌ التزاميٌّ و مع عدم حجّيّة المدلول المطابقي لا مانع من الأخذ بالمدلول الالتزاميّ لعدم التعارض فيه ، ففيه أنّ لازم ماذكر أنّه لو كان لإحدى الحجّتين المتعارضتين لازم يختصُّ بها فاللازم الأخذ به و إن كانت الحجّة الملزومة ساقطة عن الحجّيّة من جهة المعارضة ولا أظنُّ أن يلتزم به فلاحظ بناء العقلاء ، و إن كان نفي الثالث من جهة حجّيّة أحد المتعارضين لا بعينه فهو أيضاً مشكلٌ مع سقوط كلٍّ من المتعارضين عن الحجّيّة فتأمّل .

و منها حمل السنّة فيما دلّ على اعتبار طلاق السّنة على السنّي بالمعنى الأعمّ

المقابل للبدعي فينطبق على ما دلّ على كفاية المطلق و حينئذٍ لا بدّ من التقييد بما دلّ على اعتبار كون الطلقات التسع المحرّمة أبداً للعدّة ، وأورد عليه بأنّه كما يمكن حمل السنّة على ما ذكر كذلك يمكن حمل العدّة على الطلاق في طهر لم يواقعها فيه الّذي هو ابتداء على نحو قوله تعالى : « فطلّقوهنّ لعدّتهنّ » كي تنطبق على كفاية المطلق و يقيّدان بما دلّ على اعتبار طلاق السنّة ، وثانياً أنّ حمل السنّة على السنّة بالمعنى الأعمّ المقابل للبدعة ثمّ تقييدها بما دلّ على اعتبار كون الطلقات للعدّة مستلزم لحمل المطلق على الفرد النادر فلا بدّ من معاماة المتباينين ، وقد يقال : إنّ مادلّ على كفاية مطلق الطلقات التسع بضميمة القطع بأنّ الطلاق الّذي لا تحلّ له معه حتّى تنكح زوجاً غيره مطلق الطلقات الثلاث عدّيّة كانت أم غيرها تكون كالصريح في الاكتفاء في الطلاق المحرّم لها أبداً بمطلق الطلقات التسع فيبقى المعارضة بينها وبين مادلّ على اعتبار طلاق العدّة . وأمّا مادلّ على اعتبار طلاق السنّة فلا مانع من حمله السنّة في مقابل البدعة ثمّ تقييد المطلق بالمقيّد بعيد لما ذكر من لزوم حمل المطلق على الفرد النادر لكنّه لا مجال للرّجوع إلى المرجّحات السنديّة لعدم التنافي بتمام المدلول بل لا بدّ من الأخذ بالقدر المتيقّن و هو كون التسع للعدّة .

و يمكن أن يقال : بعد صدق التعارض لا مانع من الأخذ بالمرجّحات إن قلنا بلزومه و كان في البين ترجيح أو التخيير مع عدم الترجيح أو عدم لزوم الأخذ به .

﴿ السبب الخامس اللّعان و يثبت به التحريم المؤبّد ، و كذا لو قذف الزوّج امرأته الصمّاء أو الخرساء بما يوجب اللّعان . السبب السادس الكفر ولا يجوز للمسلم أن ينكح غير الكتابيّة إجماعاً وفي الكتابيّة قولان أظهرهما أنّه لا يجوز غبطة ويجوز متعة وبالملك في اليهوديّة والنصرانيّة ، وفي المجوسيّة قولان أشبههما الجواز ﴾ .

لا خلاف ولا إشكال في أنّه إذا اجتمع شرائط اللّعان بين رمي الرّجل امرأته بالزّنا و يدّعي المشاهدة ولا بيّنة أو ينفي ولدها الجامع لشرائط الإلحاق و تنكره ذلك فتلزمهما حينئذٍ الملاعنة و يأمرهما الحاكم بها فإذا تلاعنا سقط عنه حدّ القذف و سقط عنها حدّ الزّنا و انتفى عنه الولد و حرمت عليه مؤبّداً .

ومن الأخبار الواردة في المقام ما رواه محمد بن الحسين باسناده[1]، عن الحسن بن محبوب، عن عبد الرحمن بن الحجاج قال: «إن عباد البصري سأل أبا عبدالله عليه السلام و أنا عنده حاضر كيف يلاعن الرجل المرأة؟ فقال: إن رجلا من المسلمين أتى رسول الله صلى الله عليه وآله فقال: يا رسول أرأيت لو أن رجلا دخل منزله فرأى على امرأته رجلاً يجامعها ماكان يصنع؟ فأعرض عنه رسول الله صلى الله عليه وآله فانصرف الرجل وكان ذلك الرجل هو الذي ابتلي بذلك من امرأته، قال: فنزل عليه الوحي من الله عز وجل بالحكم فيها. قال: فأرسل رسول الله صلى الله عليه وآله إلى ذلك الرجل فدعاه فقال له: أنت الذي رأيت مع امرأتك رجلا؟ فقال: نعم فقال له: انطلق فأتني بامرأتك فان الله عز وجل قد أنزل الحكم فيك وفيها، قال: فأحضرها زوجها فوقفها رسول الله صلى الله عليه وآله وقال للزوج: أشهد أربع شهادات بالله إنك لمن الصادقين فيما رميتها به، قال: فشهد ثم قال رسول الله صلى الله عليه وآله أمسك ووعظه ثم قال: اتق الله فان لعنة الله شديدة، ثم قال: أشهد الخامسة أن لعنة الله عليك إن كنت من الكاذبين، قال: فشهد فأمر به فنحي، ثم قال صلى الله عليه وآله للمرأة أشهدي أربع شهادات بالله إن زوجك لمن الكاذبين فيما رماك به، قال: فشهدت ثم قال لها: أمسكي فوعظها، ثم قال لها: اتقي الله فان غضب الله شديد، ثم قال لها: أشهدي الخامسة أن غضب الله عليك إن كان زوجك من الصادقين فيما رماك به، قال: فشهدت، قال: ففرق بينهما، و قال لهما: لا تجتمعا بنكاح أبداً بعد ما تلاعنتما»[1].

و رواه الشيخ باسناده، عن الحسن بن محبوب نحوه، و رواه الكليني عن علي ابن إبراهيم، عن أبيه، عن ابن محبوب مثله.

و كذا يوجب الحرمة الأبدية قذف الزوجة الصماء أو الخرساء بما يوجب اللعان لو لم تكن كذلك، و إن لم يكن لعان بينهما لانتفاء شرطه من سلامة المرأة عن الوصفين المذكورين بلاخلاف ظاهراً.

---

(١) الفقيه في اللعان تحت رقم ٩ وفي الكافي ج ٦ ص ١٦٣ والتهذيب ج ٢ ص ٢٩٨.

ويدلّ عليه صحيح أبي بصير أو موثّقه « قال : سئل أبوعبدالله عليه السلام عن رجل قذف امرأته بالزنا وهي خرساء صمّاء لاتسمع ما قال ؟ فقال : إن كان لها بيّنة تشهد لها عند الإمام جلّده الحدّ و فرّق بينهما ، ثمّ لاتحلّ له أبداً ، و إن لم تكن لها البيّنة فهي حرام عليه ما أقام معها ولا إثم عليها منه »[١] .

و حسن الحلبيّ ، و محمّد بن مسلم عنه عليه السلام « في رجل قذف امرأته وهي خرساء قال : يفرّق بينهما »[٢]

و خبر محمّد بن مروان عنه عليه السلام « في المرأة الخرساء كيف يلاعنها زوجها ؟ قال: يفرّق بينهما ولاتحلّ له أبداً »[٣]

و ظاهر الخبرين الأخيرين الاكتفاء بالخرس وحده بل ظاهر الأوّل ايضاً بناء على رواية الشيخ له هنابأو ، ولكن رواه في باب اللّعان بدونها كالكلينيّ ، و المعروف أنّه أضبط من الشيخ فلا إشكال في ثبوت الحكم بالنسبة إلى الخرساء .

ويشكل ثبوته بالنسبة إلى الصمّاء مع عدم كونها خرساء لأنّه لم يثبت لفظ «أو» في الرّواية ، فلعلّ المدخليّة لخصوص الخرس دون الصمم ، و ذكره في كلام السائل لايوجب المدخليّة فلا دليل على ثبوت الحكم بالنسبة إلى الصمّاء .

و أمّا سببيّة الكفر للحرمة فبيانها أنّه لا إشكال و لاخلاف في أنّ الكفاءة بمعنى التساوي في الإسلام شرط في صحّة النكاح فيما كانت الزّوجة مسلمة فلا يجوز للمسلمة نكاح غير المسلم ، كما لا خلاف في عدم اشتراط التساوي فيما كان الزّوج اثنى عشريّاً فيجوز له نكاح المسلمة من سائر الفرق .

و وقع الخلاف و الاشكال فيما كانت الزّوجة اثنى عشريّة فذهب جماعة إلى عدم جواز نكاحها للغير من سائر الفرق الإسلاميّة واستدلّ عليه بنصوص :

---

(١) الفقيه في حد القذف تحت رقم ١١ . والكافي ج ۶ ص ١۶۶ . و التهذيب ج ٢ ص ٣٠٠ واللفظ له .

(٢) الكافي ج ۶ ص ١۶۴ ، و التهذيب ج ٢ ص ٣٠٠ .

(٣) الكافي ج ۶ ص ١۶٧ . و التهذيب ج ٢ ص ٣٠١ .

منها ما رواه الكليني[1] من « أنّ النبي صلى الله عليه وآله صعد المنبر ذات يوم و أمر بتزويج الأبكار إذا أدركن فقام إليه رجل و قال : يا رسول الله فمن نزوّج ؟ فقال : صلى الله عليه وآله الأكفاء ؟ فقال: من الأكفاء ؟ فقال : المؤمنون بعضهم أكفاء بعض ،المؤمنون بعضهم أكفاء بعض » .

و منها ما دلّ على الأمر باختيار المرأة و أهلها الزّوج الّذي ترضى خلقه ودينه و أمانته كرواية عليّ بن مهزيار « قال : كتب عليّ بن أسباط إلى أبي جعفر عليه السلام في أمر بناته و أنّه لايجد أحداً مثله ، فكتب إليه أبوجعفر عليه السلام : فهمت ما ذكرت من أمر بناتك و أنّك لا تجد أحداً مثلك فلا تنظر في ذلك رحمك الله ، فان‌ّ رسول الله صلى الله عليه وآله قال : إذا جاءكم من ترضون خلقه و دينه فزوّجوه إلّا تفعلوه تكن فتنة في الأرض و فساد كبير » [2] .

و رواية سهل بن زياد ، عن الحسين بن بشّار الواسطيّ « قال : كتبت إلى أبي جعفر عليه السلام أسأله عن النكاح ، فكتب إليّ من خطب إليكم فرضيتم دينه وأمانته فزوّجوه إلّا تفعلوه تكن فتنة في الأرض و فساد كبير » [3] .

و منها ما دلّ على النهي عن وضع العارفة إلّا عند العارف كرواية أبان ، عن الفضيل بن يسار « قال : سألت أباعبدالله عليه السلام عن نكاح الناصب ، فقال : لا والله ما يحلّ قال فضيل : ثمّ سألته مرّة اُخرى ، فقلت : جعلت فداك ماتقول في نكاحهم ؟ قال عليه السلام والمرأة عارفة ؟ قلت : عارفة ، فقال : إنّ العارفة لاتوضع إلّا عند العارف » [4] .

و يمكن أن يقال : أمّا الرّواية الأولى فالظاهر أنّ المراد من قوله صلى الله عليه وآله على المحكيّ فيها « و المؤمنون بعضهم أكفاء بعض » المسلمون لعدم الاختلاف في ذلك العصر .

و أمّا الأخبار الاُخر غير الخبر الأخير فلايمكن حملها على عدم جواز تزويج غير الموصوف بما ذكر و إلّا لزم عدم جواز تزويج الفاسق و مثل شارب الخمر .

---

(١) المصدر ج ٥ ص ٣٣٧ .

(٢) و (٣) الكافي ج ٥ ص ٣٤٧ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٣٥٠ .

و أمّا الخبر الأخير وإن كان ظاهره عدم الجواز لكنّه لا مجال للحمل على عدم الجواز وضعاً بمعنى كون نكاح الغير العارف باطلاً ، فهل ترى نكاح سكينة بنت الحسين صلوات الله عليه باطلاً مع أنّ مصعب بن زبير حاله معلومة .

و لا إشكال و لا خلاف في عدم جواز نكاح غير الكتابيّة و المجوسيّة .

و أمّا نكاح الكتابيّة فقد اختلف فيه و منشأ الاختلاف اختلاف الأخبار فمنها ما يدلّ على الجواز مطلقاً و هو ما رواه المشايخ الثلاثة ـ رضوان الله تعالى عليهم ـ عن معاوية بن وهب و غيره ـ في الصحيح ـ عن أبي عبدالله عليه السلام « في الرّجل يتزوّج النصرانيّة و اليهوديّة ؟ قال : إذا أصاب المسلمة فما يصنع باليهوديّة و النصرانيّة ؟! فقلت له : يكون له فيها الهوى فقال : إن فعل فليمنعها من شرب الخمر و أكل لحم الخنزير ، و اعلم أنّ عليه في دينه (في تزويجه إيّاها «الفقيه») غضاضة »[1] .

و ما رواه في الكافي في الصحيح عن ابن رئاب ، عن أبي بصير و هو مشترك إلّا أنّ الأظهر عند صاحب الحدائق عدّها في الصحيح عن أبي جعفر عليهما السلام قال : « سألته عن رجل له امرأة نصرانيّة له أن يتزوّج عليها يهوديّة ؟ فقال : إنّ أهل الكتاب مماليك للإمام ، و ذلك موسّع منّا عليكم خاصّة ، فلا بأس أن يتزوّج ، قلت : فإنّه يتزوّج عليها أمة ، قال : لا يصلح له أن يتزوّج ثلاث إماء فإن تزوّج عليهما حرّة مسلمة و لم تعلم أنّ له امرأة نصرانيّة و يهوديّة ، ثمّ دخل بها فإنّ لها ما أخذت من المهر وان شاءت أن تقيم بعد معه أقامت و إن شاءت أن تذهب إلى أهلها ذهبت و إن حاضت ثلاثة حيض أو مرّت لها ثلاثة أشهر حلّت للأزواج ، قلت : فإن طلّق عنها اليهوديّة و النصرانيّة قبل أن تنقضي عدّة المسلمة له عليها سبيل أن يردّها إلى منزله قال : نعم »[2] .

و ما رواه في الكافي و التهذيب ، عن منصور بن حازم ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « سألته عن رجل تزوّج ذمّيّة على مسلمة ولم يستأمرها ، قال : يفرّق بينهما ، قلت :

---

(١) الوسائل أبواب ما يحرم بالكفر و نحوه ب ٢ ح ١ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٥٨ .

فعليه أدب ؟ قال : نعم اثني‌عشر سوطاً ونصفاً ثمن حدّ الزّاني وهو صاغر ، قلت : فإن رضيت امرأته الحرّة المسلمة بفعله بعد ما كان فعل ؟ قال : لا يضرب و لا يفرّق بينهما يبقيان على النكاح الأوّل »[١] و في التهذيب «أمة» مكان « ذمّيّة » .

و منها ما يدلّ على التحريم مطلقاً منها مارواه في الكافي والتهذيب ، عن الحسن ابن الجهم في الموثّق « قال : قال لي أبوالحسن الرّضا عليه السلام : يا أبا محمد ما تقول فيمن يتزوّج النصرانيّة على المسلمة ، قلت : جعلت فداك و ماقولي بين يديك قال : لتقولنّ فإنّ ذلك تعلم به قولي ، قلت : لا يجوز تزويج النصرانيّة على مسلمة و لا على غير المسلمة ، قال : ولم ؟ قلت : لقول الله عزّ وجلّ : « و لا تنكح المشركات حتّى يؤمنّ » قال : فما تقول في هذه الآية « و المحصنات من المؤمنات و المحصنات من الّذين أوتوا الكتاب من قبلكم » قلت : فقوله « و لا تنكح المشركات » نسخ هذه الآية فتبسّم ، ثمّ سكت »[٢] .

و عن زرارة ، عن أبي جعفر عليه السلام « قال : لا ينبغي نكاح أهل الكتاب ، قلت : جعلت فداك فأين تحريمه ؟ قال قوله « و لا تمسكوا بعصم الكوافر »[٣] .

و عن زرارة في الصحيح أو الحسن قال : « سألت أبا جعفر عليه السلام عن قول الله سبحانه : « والمحصنات من الّذين اُوتوا الكتاب من قبلكم » قال : هذه منسوخة بقوله « و لاتمسكوا بعصم الكوافر »[٤] .

و ما رواه الثقة الجليل عليّ بن إبراهيم في تفسيره عن أبي جعفر عليه السلام في تفسير قوله « و لا تمسكوا بعصم الكوافر » إنّ من كانت عنده امرأة كافرة على غير ملّة الإسلام وهو على ملّة الإسلام فليعرض عليها الاسلام فإن قبلت فهي امرأته وإلّا برئت منه فنهى الله أن يمسك بعصمهم »[٥] .

---

(١) الكافي ج ٧ ص ٢٤١ . و التهذيب ج ٢ ص ...

(٢) التهذيب ج ٢ ص ١٩٩ و الكافي ج ٥ ص ٣٥٧ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٣٥٨ . و التهذيب ج ٢ ص ١٩٩ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٣٥٨ .

(٥) التفسير ص ٦٧٥ . و فيه « فنهاه الله » .

و ما رواه الرّاوندي في نوادره بإسناده، عن موسى بن جعفر عن أبيه عليهما السلام قال عليّ عليه السلام: لايجوز للمسلم التزويج بالأمة اليهوديّة ولاالنصرانيّة لأنّ الله تعالى قال: من فتياتكم المؤمنات ـ الحديث».

و روى العياشيّ في تفسيره عن مسعدة بن صدقة قال: سئل أبو جعفر عليه السلام عن قول الله «و المحصنات من الّذين اُوتوا الكتاب من قبلكم» قال نسختها «و لا تمسكوا بعصم الكوافر».

و منها ما دلّ على الجواز عند الضرورة فمنها ما رواه في الكافي، عن يونس عنهم عليهم السلام «قال: لا ينبغي للمسلم الموسر أن يتزوّج الأمة إلّا أن لايجد حرّة وكذلك لا ينبغي له أن يتزوّج امرأة من أهل الكتاب إلّا في حال الضرورة حيث لا يجد مسلمة حرّة أو أمة»[1].

و عن محمّد بن مسلم في الصحيح ـ و إن اشتمل على إرسال ابن أبي عمير لعدّهم مرسلاته في الصحاح ـ عن أبي جعفر عليه السلام قال: «لا ينبغي للمسلم أن يتزوّج يهوديّة ولا نصرانيّة وهو يجد مسلمة حرّة أوأمة»[2].

و التقريب فيه بحمل «لاينبغي» على التحريم كما هو ظاهر الخبر الأوّل.

و منها مادلّ على الجواز على كراهة ومنه صحيحة معاوية بن وهب المتقدّمة في صدر آيات الجواز، و ما رواه في الكافي في الصحيح أو الحسن عن عبد الله بن سنان، عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث قال: «وما اُحبّ للرّجل أن يتزوّج اليهوديّة و لا النصرانيّة مخافة أن يتهوّد ولده أويتنصّر[3]».

و ما رواه في كتاب قرب الاسناد عن أبي البختري، عن جعفر، عن أبيه عليهما السلام «أنّه كره مناكحة أهل الحرب» إلّا أنّ هذا مبنيّ على أنّ لفظ «لا اُحبّ» و لفظ

---

(۱) الكافي ج ۵ ص ۳۶۰.

(۲) المصدر ج ۵ ص ۳۵۸.

(۳) المصدر ج ۵ ص ۳۵۱.

«كره» بمعنى المكروه المستعملين بين الناس وهوفي الأخبار أعمّ من ذلك فإنّه قدورد في الأخبار بمعنى التحريم كثيراً .

ومنها ما دلّ على تخصيص الجواز بالبله كما رواه في الكافي عن زرارة قال :«سألت أباجعفر عليه السلام عن نكاح اليهوديّة والنصرانيّة، فقال: لايصلح للمسلم أن ينكح يهوديّة ولانصرانيّة إنّما يحلّ منهنّ نكاح البله »[1] و لفظ « لا يصلح » و إن كان ظاهراً في الكراهة باعتبار اصطلاح النّاس إلّا أنّه في الأخبار من الألفاظ المتشابهة المستعملة في التحريم أيضاً و قرينة التحريم قوله عليه السلام «إنّما يحلّ » .

و منها ماورد في التمتّع بهنّ ومن ذلك ما رواه في التهذيب عن الحسن بن عليّ ابن فضّال في الموثّق ، عن بعض أصحابنا ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «لابأس أن يتمتّع الرّجل باليهوديّة والنصرانيّة وعنده حرّة »[2].

وعن زرارة قال : « سمعته يقول : لابأس أن يتزوّج اليهوديّة والنصرانيّة متعة وعنده امرأة »[3].

و عن محمّد بن سنان عن الرّضا عليه السلام قال: «سألته عن نكاح اليهوديّة والنصرانيّة فقال : لابأس ، فقلت : المجوسيّة ؟ فقال : لا بأس به يعني متعة »[4] .

و خبر الأشعريّ « سألته عليه السلام عن الرّجل يتمتّع من اليهوديّة و النصرانيّة فقال : لاأرى بذلك بأساً ـ الحديث»[5] .

وخبرالحسن التفليسيّ «سألت الرّضا عليه السلام أيتمتّع من اليهوديّة و النصرانيّة ؟ فقال : يتمتّع من الحرّة المؤمنة أحبّ إليّ وهي أعظم حرمة منها[6] » .

إلى غير ذلك من النصوص الدالّة على ذلك . هذه أخبار الباب وأكثرها دالّة على الجواز ولو على كراهة ويؤيّده ما رواه النعمانيّ في تفسيره عن عليّ صلوات الله عليه و صرّح به عليّ بن إبراهيم في تفسيره أيضاً في بيان ما نصفه منسوخ ونصفه باق من الآيات

---

(١) المصدر ج٥ ص ٣٥٦.

(٢)و(٣)و(٤) و(٥)و(٦) التهذيب ج ٢ص ١٨٨.

من أنّ قوله تعالى « ولا تنكح المشركات حتّى يؤمن » قد نسخ بقوله تعالى في سورة المائدة « اليوم أحلّ لكم الطيّبات ـ إلى قوله ـ و المحصنات من الّذين اُتوا الكتاب من قبلكم » وقوله « ولاتنكحوا المشركين حتّى يؤمنوا » لم ينسخ إلى آخر كلامهما.

وقديقال في مقام الترجيح بتقدّم أخبار المنع لموافقة أخبار الجواز مذهب العامّة .

و أمّا ترجيح أخبار الجواز بموافقة الكتاب فلايتمّ لأنّ مقتضى بعض الأخبار المذكورة أنّ قوله تعالى « ولاتمسكوا بعصم الكوافر » نسخ آية «والمحصنات من الّذين أوتوا الكتاب ـ الخ » .

وماورد من أنّ سورة المائدة غير منسوخة لم يحرز منه كون جميعها غير منسوخة ويشكل من جهة أنّه كيف يقال رخّص الإمام في نكاح أهل الكتاب في الأخبار الكثيرة وفاقاً للعامّة تقيّة مع حرمة نكاحهنّ في الواقع مضافاً إلى أنّ مادلّ على الجواز متعة مخالف للتقيّة ، و إلى أنّ صحيح أبي بصير المتقدّم المجوّز للتزويج و التعبير فيه بأنّ أهل الكتاب مماليك للإمام إلخ لا يناسب التقيّة ، و إلى أنّ المخصوصين من أصحاب الأئمّة صلوات الله عليهم كانوا يعرفون مواضع التقيّة و كانوا يعبّرون بقولهم أعطانا من جراب النّورة[1] .

و مع قطع النظر عمّا ذكر الأخبار المانعة لا تشمل المتعة لأنّ التزوّج و النكاح عند الاطلاق منصرفة إلى الدّائم وما دلّ على جواز المتعة لامعارض له ولاوجه لحملها على التقيّة .

و أمّا جواز الوطي والاستمتاع بالملكيّة فهو خارج لا يشمله الأدلّة المجوّزة ولاالمانعة إلّا أن يقال: بناء على الأخذ بقوله تعالى «ولاتمسكوا بعصم الكوافر» وكونه ناسخاً لقوله تعالى « و المحصنات ـ الخ » يستفاد منه حرمة وطي الأمة اليهوديّة و النصرانيّة لكنّه مشكل لأنّه خارج عن الامساك بالعصمة فلايبعد التمسّك للجواز بقوله تعالى : « إلّا على أزواجهم أو ماملكت أيمانهم فإنّهم غير ملومين » و بخبر أبي بصير المتقدّم حيث عبّر فيه بأنّ أهل الكتاب مماليك للإمام عليه السلام فإنّه وإن كان من باب

(١) مثل للعرب راجع مجمع البحرين مادة « نور » .

التنزيل لكنّه يستفاد منه أنّ حكم المنزل عليه الجواز ولا ينافي هذا عدم جواز الاستمتاع بغير أهل الكتاب من الإماء . وأمّا نكاح المجوسيّة فقد يقال فيه بالحرمة إذا كان دائماً و بالجواز إذا كان متعة أو كان بملك يمين جمعاً بين صحيح ابن مسلم « سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرّجل المسلم أيتزوّج المجوسيّة قال : لا، ولكن إن كانت له أمة مجوسيّة فلا بأس أن يطأها ويعزل عنها ولا يطلب ولدها [1]». ومادلّ من الكتاب على عدم جواز نكاح المشركات والكوافر ، وبين خبر منصور الصيقل ، عن أبي عبدالله عليه السلام : « لا بأس بالرّجل أن يتمتّع بالمجوسيّة » .

ونحوه خبر محمّد بن سنان وحمّاد بن عيسى ، عن أبي عبدالله عليه السلام وابنه والرّضا عليهما السلام [2] مضافاً إلى أنّ المفهوم من بعض الأخبار كونهم من أهل الكتاب فروى في الكافي و التهذيب عن أبي يحيى الواسطيّ ، عن بعض أصحابنا قال : « سئل أبو عبدالله عليه السلام عن المجوس كان لهم نبيّ قال : نعم أما بلغك كتاب رسول الله صلّى الله عليه وآله إلى أهل مكّة أسلموا و إلّا نابذتكم بحرب فكتبوا إلى النبيّ صلّى الله عليه وآله أن خذ منّا جزية ودعنا إلى عبادة الأصنام فكتب إليهم النبيّ صلّى الله عليه وآله إنّي لم آخذ الجزية إلّا من أهل الكتاب ، فكتبوا إليه يريدون بذلك تكذيبه زعمت أنّك لاتأخذ الجزية إلّا من أهل الكتاب ، ثمّ أخذت الجزية من مجوس هجر فكتب إليهم إنّ المجوس كان لهم نبيّ »[3].

ونوقش بأنّ مقتضى الآية الدّالّة على عدم جواز نكاح المشركات و الكوافر و الصحيح المذكور عدم جواز نكاح المجوسيّ مطلقاً و الأخبار المذكورة الدّالّة على جواز النكاح متعة ضعيفة بحسب السند و لا جابر لها وما دلّ على أنّهم كتابيّون فاقد للحجّيّة مع أنّ في الخبر الآخر زيد «غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم» فيراد بالنسبة إلى غير ما نحن فيه فالّذي يقوى في النظر حرمة نكاحهم إلّا بملك اليمين ، و يمكن أن يقال : الصحيح المذكور يشكل شموله للنكاح المنقطع حيث أنّه لوحظ الأخبار كلّما عبّر عن التزويج و اُريد النكاح المنقطع قيّد بالمتعة فلهذا يشكل شمول الصحيح

---

(١) التهذيب ج ٢ ص ٣٠٦ .
(٢) راجع الوسائل ابواب المتعة ب ١٢ .
(٣) التهذيب ج ٢ ص ٥٢ . و الكافي ج ٣ ص ٥٦٧ .

المذكور للمنقطع فيبقى سائر الأدلّة ، و مقتضى رواية زرارة المذكورة في آخر أخبار الباب جواز النكاح متعة إن لم يكن إشكال من جهة السند و كذلك ما دلّ على كون المجوس أهل الكتاب بانضمام ما دلّ على جواز نكاح أهل الكتاب متعة .

وقد عرفت أنّ ماذكر من الحمل على التقيّة في نكاح اليهوديّة و النصرانيّة لا يتأتى في المتعة . وأمّا الاستمتاع بالمجوسيّة بملك اليمين فقد صرّح في ذيل الصحيحة المذكورة بجوازها وإن ذكر فيه العزل وعدم طلب الولد .

﴿ و لو ارتدّ أحد الزّوجين قبل الدخول وقع الفسخ في الحال و لو كان بعد الدّخول وقف على انقضاء العدّة إلّا أن يكون الزّوج مولوداً على الفطرة فإنّه لا يقبل عوده و تعتدّ زوجته عدّة الوفاة ، وإذا أسلم زوج الكتابيّة فهو على نكاحه سواءٌ كان قبل الدّخول أو بعده ولوأسلمت زوجته دونه انفسخ في الحال إن كان قبل الدّخول و وقف على انقضاء العدّة إن كان بعده ، وقيل : إن كان بشرائط الذّمّة كان نكاحه باقياً ولا يمكن من الدّخول عليها ليلاً ولا من الخلوة بها نهاراً و غير الكتابيّين يقف على انقضاء العدّة بإسلام أيّهما اتّفق ﴾ .

أمّا حصول الفسخ بارتداد أحد الزّوجين عن الإسلام قبل الدّخول فالظاهر عدم الخلاف فيه سواءٌ كان الارتداد عن فطرة أوملّة و قد يعلّل بعدم جواز نكاح المسلم و المسلمة كافرة و كافراً ابتداءً و استدامةً و لو كتابيّاً لعدم إقرارهم عليه إذا كان ارتداداً .

ويمكن الاستدلال أيضاً بالاخبار منها حسنة أبي بكر الحضرميّ ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « إذا ارتدّ الرّجل المسلم عن الاسلام بانت منه امرأته كما تبين المطلّقة ثلاثاً و تعتدّ منه كما تعتدّ المطلّقة فإن رجع إلى الاسلام و تاب قبل أن يتزوّج فهو خاطب من الخطّاب ولا عدّة عليها منه و إنّما عليها العدّة فإن قتل أومات قبل انقضاء العدّة اعتدّت منه عدّة المتوفّى عنها زوجها وهي ترثه في العدّة ولا يرثها إن ماتت وهو مرتدّ عن الإسلام » (۱).

(۱) التهذيب ج ۲ ص ۲۸۴ .

و ما رواه في الكافي في الصحيح عن محمّد بن مسلم ، قال : « سألت أبا جعفر عليه السلام عن المرتدّ . فقال : من رغب عن الإسلام و كفر بما أنزل الله على محمّد صلّى الله عليه وآله بعد إسلامه فلاتوبة له وقد وجب قتله و بانت منه امرأته و يقسّم ماترك على ولده »[1].

و ما رواه المشائخ الثلاثة عن عمّار الساباطي في الموثّق قال : «سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول : كلّ مسلم بين مسلمين ارتدّ عن الاسلام وجحد محمّداً صلّى الله عليه وآله نبوّته وكذّبه فإنّ دمه مباح لكلّ من سمع ذلك منه و امرأته بائنة منه يوم ارتدّ فلاتقربه،ويقسم ماله على ورثته ، و تعتدّ امرأته عدّة المتوفّى عنها زوجها ، و على الإمام أن يقتله ولايستتيبة »[2] .

ويمكن أن يقال : أمّا ماذكر في التعليل فيشكل إطلاقه في صورة ارتداد الزّوجة عن الاسلام ورجوعها إلى التهوّد و التنصّر فمع جواز نكاح المسلم اليهوديّة والنصرانيّة كيف تبين من زوجها لولا الاجماع أو عدم الخلاف ، وما ذكر من عدم كون أهل الكتاب مقرّين على مذهبهم مع الارتداد يشكل من جهة أنّ لكلّ قوم نكاحاً سواءٌ كانوا مقرّين أولم يكونوا مقرّين بل مع عدم الجواز ابتداء حيث إنّ القائلين بعدم الجواز ابتداءً للمسلم يقولون : لو أسلم الكتابيّ يكون نكاحه للكتابيّة باقياً ، و لو قلنا بمنع نكاحها للمسلم ابتداءً .

و أمّا الرّواية المذكورة فهي مختصّةٌ بارتداد الزّوج لا الزّوجة مضافاً إلى أنّ موردها حصول الارتداد بعد الدّخول بقرينة ذكر العدّة إلّا أن يقال : إنّها متعرّضة لأمرين أحدهما حصول البينونة و الآخر الاعتداد في خصوص صورة الدّخول لكنّ في هذه الصورة يقع التعارض بينها و بين ما دلّ على عدم البينونة و التوقّف على انقضاء العدّة و حصول الانفساخ إذا لم يسلم إلى انقضاء العدّة فالعمدة الاجماع المدّعى في الكلمات ، وأمّا لوكان الارتداد بعد الدّخول وكان الارتداد عن ملّة وقف الانفساخ على

---

(1) الكافي ج ٧ ص ٢٥٦ .

(2) الكافي ج ٧ ص ٢٥٨ . والتهذيب ج ٢ ص ٣٨٣ .

انقضاء العدّة فإن رجع الزّوج المرتدّ إلى الإسلام في العدّة يكون نكاحه باقياً، هذا هو المعروف .

وقد يستدلّ عليه بالأخبار الواردة في نكاح الكفّار إذا أسلموا والخبر في الملّي المرتدّ تعزل عنه امرأته ولا تؤكل ذبيحته و يستتاب ثلاثة أيّام فان تاب وإلّا قتل» [1] فالأخبار الواردة في نكاح الكفّار إذا أسلموا .

منها : حسن ابن أبي عمير ، عن بعض أصحابه ، عن ابن مسلم ، عن أبي جعفر عليه السلام « إنّ أهل الكتاب و جميع من له ذمّة إذا أسلم أحد الزّوجين فهما على نكاحهما و ليس له أن يخرجها من دار الإسلام إلى غيرها ولا يبيت معها و لكنّها يأتيها بالنهار ، وأمّا المشركون من مشركي العرب و غيرهم فهم على نكاحهم إلى انقضاء العدّة فإن أسلمت المرأة ثمّ أسلم الرّجل قبل انقضاء عدّتها فهي امرأته وإن لم يسلم إلّا بعد انقضاء العدّة فقد بانت منه ولا سبيل له عليه ، وكذلك جميع من لا ذمّة له » [2] .

و روى في الكافي ، عن منصور بن حازم قال : « سألت أباعبد الله عليه السلام عن رجل مجوسيّ أو مشرك من غير أهل الكتاب كانت تحته امرأة فأسلم أو أسلمت ؟ قال : تنظر بذلك انقضاء عدّتها فإن هو أسلم أو أسلمت قبل أن تنقضي عدّتها فهما على نكاحهما الأوّل و إن هو لم يسلم حتّى تنقضي العدّة فقد بانت منه » [3] .

ولا يخفى أنّ دعوى القطع بعدم الفرق بين الكافر و بين المرتدّ الملّيّ والكافرة وبين المرتدّة سواء كانت مرتدّة ملّيّة أو فطريّة مشكلة ، والخبر المذكور الوارد في الملّيّ المرتدّ مجمل ولم يعلم استناد المشهور إليه حتّى يكون السند مجبوراً ، بل مقتضى حسنة أبي بكر المتقدّمة و غيرها حصول الانفساخ لما فيها إن رجع إلى الإسلام و تاب قبل أن تزوّج فهو خاطب من الخطّاب .

و فيها أيضاً بانت منه امرأته كما تبين المطلّقة ثلاثاً و أمّا لو كان المرتدّ فطريّاً

---

(۱) الکافی ج ۷ ص ۲۵۸ .

(۲) الکافی ج ۵ ص ۳۵۸ ، والتهذیب ج ۲ ص ۲۰۰ ، والاستبصار ج ۳ ص ۱۸۳ .

(۳) الکافی ج ۵ ص ۴۳۶ .

فالظاهر عدم الخلاف في البينونة و إن كان الارتداد بعد الدّخول ، ويدلّ عليه صحيح محمّد بن مسلم و موثّق عمّار المذكورين ، و هذا الصحيح و إن لم يذكر فيه كون الارتداد عن فطرة لكنّه محمولٌ على صورة الارتداد عن فطرة بقرينة حصول البينونة و عدم قبول التّوبة و إن كان عدم قبول التّوبة بالنسبة إلى خصوص الاُمور الثلاثة المذكورة دون سائر الاُمور حيث إنّه لا يمكن الالتزام بعدم كونه مكلّفاً بالاُمور المشروطة بالإسلام والإيمان كالصلاة والصوم والحجّ ومع عدم قبول الإسلام منه كيف يكون مكلّفاً والكلام في هذا مذكور في الصلاة مفصّلاً . و الموثّق المذكور ظاهراً في الارتداد الفطريّ للتعبير بقوله عليه السلام على المحكيّ « كلّ مسلم بين مسلمين - الخ » و فيه تعتدّ عدّة المتوفّى عنها زوجها .

و أمّا بقاء النكاح إذا أسلم زوج الكتابيّة فالظاهر أنّه موضع وفاق ، فعلى القول بجواز نكاحها للمسلم ابتداءً فلا إشكال ومع القول بعدم الجواز ابتداءً يستدلّ في المقام بحسن ابن أبي عمير المذكور و ما في صحيح ابن سنان ، عن أبي عبد الله عليه السلام « سألته عن رجل هاجر و ترك امرأته في المشركين ثمّ لحقت به بعد أيمسكها بالنكاح الأوّل أو تنقطع عصمتها منه ؟ قال : يمسكها و هي امرأته »[1] .

و في خصوص ما لو أسلم المجوسيّ و تحته امرأة على دينه يدلّ خبر منصور بن حازم المذكور .

هذا ويمكن أن يقال : أمّا حسن ابن أبي عمير المذكور ففيه إذا أسلم أحد الزّوجين ولا يلتزم ببقاء النكاح مع إسلام الزّوجة قبل إسلام الزّوج .

و أمّا صحيح ابن سنان فليس فيه إلّا المهاجرة و لا ظهور فيه في إسلام الزّوج المهاجر بعد كفره ولم يذكر كونه من أهل الكتاب ولو أسلمت الكتابية دون زوجها الكتابيّ قبل الدّخول انفسخ النكاح لحرمة تزويجها بالكافر ولو استدامةً ، ولصحيح ابن سنان عن الصادق عليه السلام «إذا أسلمت امرأة وزوجها على غير الإسلام فرّق بينهما - الحديث[2]» و إن كان إسلامها بعد الدّخول وقف الفسخ على انقضاء العدّة على المشهور .

(١و٢) الكافي ج ٥ ص ٤٣٥ .

و قد يقال : يمكن الاستدلال له بحسن ابن أبي عمير المذكور ، ولا يخفى أنّه لا يستفاد منه ما ذكر و ذيله راجع إلى غير أهل الكتاب ، نعم يمكن الاستدلال بخبر منصور بن حازم المذكور في خصوص المجوسيّ أو المشرك من غير أهل الكتاب ، و قد يستفاد خلاف ما ذكر ممّا رواه في التهذيب عن أحمد بن محمّد بن أبي نصر في الصحيح قال: « سألت الرّضا عليه السلام عن الرّجل تكون له الزّوجة النصرانيّة فتسلم هل يحلّ لها أن تقيم معه ؟ قال : إذا أسلمت لم تحلّ له ، قلت : جعلت فداك فإنّ الزّوجة أسلم بعد ذلك أيكونان بعد نكاح الأوّل ؟ قال : لا بتزويج جديد » [1] .

و ما رواه الحميريّ في كتاب قرب الإسناد ، عن أحمد بن محمّد بن عيسى ، عن البزنطيّ قال : « سمعت رجلاً يسأل أبا الحسن الرّضا عليه السلام عن نصرانيّ تسلم امرأته ثمّ يسلم زوجها أيكونان على نكاح الأوّل ؟ قال : لا يجدّدان نكاحاً آخر » [2] .

بناء على كون «لا» منفصلاً عمّا بعد و الاحتياج إلى النكاح الجديد ، و مقتضى الإطلاق عدم الفرق بين أن يكون إسلام الزّوج قبل انقضاء العدّة أو بعده ، و يحتمل أن يكون لفظ «لا» متّصلاً بما بعده في الخبرين و على هذا إطلاقهما يشمل قبل انقضاء العدّة و بعده فإثبات ما هو المشهور من الأخبار مشكلٌ ، و ذهب الشيخ ـ قدّس سرُّه ـ في النهاية و كتابي الأخبار إلى اختصاص الحكم المذكور بغير الكتابيّ ، أمّا الكتابيُّ فانّه ذهب فيه إلي بقاء النكاح و عدم انفساخه إذا كان الزّوج بشرائط الذّمّة و لكنّه لا يمكن الدُّخول عليها ليلاً و لا من الخلوة بها نهاراً .

و يدلُّ على ما ذهب إليه مارواه عن جميل بن درّاج عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليهما السلام أنّه قال « في اليهوديّ و النصرانيّ و المجوسيّ إذا أسلمت امرأته و لم يسلم قال : هما على نكاحهما ولا يفرّق بينهما ولا يترك أن يخرج بها من دار الإسلام إلى دار الكفر » [3] .

---

(۱) المصدر ج ۲ ص ۲۰۰ والاستبصار ج ۳ ص ۱۸۱ .

(۲) المصدر ص ۱۶۷ .

(۳) التهذيب ج ۲ ص ۱۹۹ .

و حسن ابن أبي عمير المذكور سابقاً .

و ما رواه في الكافي ، عن يونس قال : « الذي تكون له المرأة الذمّيّة فتسلم امرأته ؟ قال : هي امرأته يكون عندها بالنهار ، ولا يكون عندها بالليل ، فإن أسلم الرّجل ولم تسلم المرأة يكون الرّجل عندها بالليل و النهار » (١) .

و المشهور لم يعملوا بالأخبار المذكورة بل الشيخ رجع عنه في المحكيّ عن خلافه و مبسوطه .

و أمّا غير الكتابيّين فيقف انفساخ نكاحهما على انقضاء العدّة إن كان بعد الدّخول ويدلّ عليه خبر منصور بن حازم المذكور وإن كان قبل الدّخول انفسخ النكاح في الحال لعدم العدّة و امتناع كون الكافر زوجاً للمسلمة ، و يدلّ عليه ما رواه ثقة الاسلام في الصحيح ، عن عبدالرّحمن بن الحجّاج ، عن أبي الحسن عليه السلام في نصرانيّ تزوّج نصرانيّة فأسلمت قبل أن يدخل بها ؟ قال : قد انقطعت عصمتها منه و لا مهر لها و لا عدّة عليها منه » (٢) وإن كانت هذه الرّواية في خصوص النصرانيّ والنصرانيّة.

﴿ ولو أسلم الذّمّيّ و عنده أربع فما دون لم يتخيّر و لو كان عنده أكثر من أربع تخيّر أربعاً ، وروى عمّار عن أبي عبدالله عليه السلام أنّ إباق العبيد بمنزلة الارتداد فإن رجع و الزّوجة في العدّة فهو أحقّ بها و إن خرجت من العدّة فلا سبيل له عليها ، و في الرّواية ضعف ﴾ .

أمّا عدم التخيّر في صورة إسلام الذّمّي و إسلام الذّمّيّات أو بقائهنّ على دينهن فوجه واضح حيث جاز نكاحهنّ استدامة و مع الزّيادة يتخيّر حيث إنّه لا يجوز للمسلم الحرّ نكاح أزيد من أربع حرائر واستدلّ عليه بأنّ النبي صلى الله عليه وآله قال لغيلان: أمسك و فارق سائرهنّ حيث إنّه أسلم وعنده ثمان نسوة ، و الظاهر أنّ الرّواية من طرق العامّة و الموجود في أخبارنا ما رواه في الكافي و التهذيب ، عن عقبة بن خالد ،

---

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٣٧ .

(٢) المصدر ج ٥ ص ٤٣٦ .

عن أبي عبدالله عليه السلام في مجوسيّ أسلم وله سبع نسوة و أسلمن معه كيف يصنع ؟ قال : يمسك أربعاً ويطلق ثلاثاً »[١] إلّا أنّ مورد هذه الرّواية إسلام النسوة معه لابقاؤهنّ على دينهنّ ، نعم الرّواية الاُولى مطلقة و لفظ يطلّق في الرّواية و لم يظهر أنّ لفظ يطلق بالتخفيف من باب الأفعال أو بالتشديد ، والمراد تطليق الزّائد إلّا أنّ الظاهر أخذ الفقهاء بمضمون النبويّ المذكور ، وحيث إنّه ورد في مورد شخص فلايكون له إطلاق فقد يقال يجب الاقتصار في الحكم على المتيقّن وهو ما إذا كان الأكثر كتابيّات ولم تكن من العناوين المحرّمة عيناً أو جمعاً وحينئذ فيشكل الحكم في غير المتيقّن .

ويمكن أن يقال : لم يظهر وجه كون المتيقّن خصوص الكتابيّات ومن المحتمل كونهنّ وثنيّات ، وعلى هذا فلايكون في البين متيقّن يؤخذ به .

و أمّا الخبر فلم يعلم اعتماد المشهور عليه من جهة السند وعلى فرض الاعتماد و الحجيّة يشكل الأخذ به من جهة الترديد في لفظ «يطلق» لايقال: لابدّ في القبول من الحمل على الكتابيّات لعدم جواز نكاح غير الكتابيّة للمسلم فهذه الصورة متيقّنة بل لامجال لشمول النبويّ لغير هذه الصورة لأنّه يقال لعلّ غيلان المذكور أسلمن نساؤه والقضيّة الشخصيّة لانطّلع على خصوصيّاتها ، وقد يقال : يمكن استفادة التخيير فيما لوكنّ وثنيات و أسلمن في العدّة ممّا ورد من الحكم بالتخيير فيما لو أسلم و عنده أكثر من أربع وثنيّات منكوحات بالعقد الدّائم وأسلمن معه فانّ في السؤال عن حكم الأكثر من الأربع مع فرض إسلامهنّ معه دلالة على أنّ السائل كان بصدد السؤال عمّا إذا لم يكن هناك مانع من صحّة النكاح إلّا زيادة العدد فيستفاد من الحكم بالتخيير في الجواب كبرى كلّية وهي أنّه كلّما لم تكن هناك مانع عن صحّة النكاح إلّا زيادة العدد فللزّوج التخيير في إمساك الأربع وفراق مازاد فيدلّ على التخيير في المسئلة أيضاً إذ بعد إسلام الوثنيّات في العدّة لا مانع عن صحّة نكاحهنّ إلّا زيادة في العدد .

---

(١) التهذيب ج ٢ ص ١٩٨ ، والكافي ج ٥ ص ٤٣٦ .

و يمكن أن يقال من المعلوم انّ مورد السؤال الفراغ من الصحّة من الجهات الاخر إلّا من جهة الزيادة في العدد لكنّه لايستفاد التخيير في غير المورد المذكور أعني فرض إسلامهنّ معه لاحتمال أن يكون للمعيّة في الإسلام مدخليّة في التخيير فصورة إسلامهنّ قبل انقضاء العدّة في صورة الدّخول خارجة ولم نعثر على الرّواية الواردة التي أشير إليها .

و أمّا لو تزوّج العبد باذن مولاه فالمنقول عن الشيخ في النهاية و ابن حمزة أنّه مع إباقه بمنزلة المرتدّ إلّا أنّ ابن حمزة قيّده بكون الزّوجة أمة غير سيّدة ،والمدرك ما روى الصدوق في الفقيه والشيخ في التهذيب في الموثّق عن عمّار الساباطيّ قال : «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل أذن لعبده في تزويج امرأة فتزوّجها ، ثمّ إنّ العبد أبق فجاءت امرأة العبد تطلب نفقتها من مولى العبد فقال : ليس لها على مولاه نفقة و قد بانت عصمتها منه فإنّ إباق العبد طلاق امرأته هو بمنزلة المرتدّ عن الإسلام ، قلت : فإن هو رجع إلى مواليه ترجع إليه إمراته ؟ قال : إن كان قد انقضت عدّتها منه ثمّ تزوّجت غيره فلاسبيل له عليها ، و إن كانت لم تتزوّج و لم تنقض العدّة فهي امرأته على النكاح الأوّل » (١) .

هكذا في رواية الشيخ للخبر ، و في رواية الصدوق له هكذا « و إن كانت لم تتزوّج وهي أمرأته على النكاح الأوّل» و لفظ و لم تنقض العدّة غير مذكور في البين، و ظاهر رواية الصدوق أنّها مع انقضاء العدّة تبقى على نكاحها مالم تزوّج و أمّا على رواية الشيخ فهو مسكوت عنه والظاهر عدم عمل المشهور بمضمون الرّواية حيث تكون مخالفةً للقواعد و إن عدّ عمّار الساباطيّ من الثقات .

﴿مسائل سبع : الأولى التساوي في الإسلام شرط في صحّة العقد ، وهل يشترط التساوى في الإيمان ؟ الأظهر لا ، لكنّه يستحبّ و يتأكّد في المؤمنة ، نعم لايصحّ نكاح الناصب ولاالناصبة بالعداوة لأهل البيت عليهم السلام ﴾.

قد مرّ الكلام فيما ذكر ذيل ذكر المصنّف قدّس سرّه الأسباب الموجبة للتحريم و

---

(١) التهذيب ج٢ ص ٣٠٢ . والفقيه باب أحكام المماليك تحت رقم ١٦ .

اشتراط التساوي في الإسلام .

وأمّا استحباب تزوّج المؤمنة للرّجل الاثنى عشري فيمكن استفادته من الأخبار المذكورة هناك المستدلّ بها لاعتبار التساوي و فيها « أن لاتفعلوه تكن فتنة في الأرض و فساد كبير » « وأنّ العارفه لاتوضع إلّا عند العارف » .

و أمّا عدم جواز نكاح الناصب فلكفره كما يستفاد من الأخبار ويشترط في النكاح التساوي في الاسلام ولهذه الجهة لا يجوز نكاح الناصبة .

﴿ ولا يشترط تمكّن الزّوج من النفقة ولايتخيّر الزّوجة لو تجدّد العجز عن الانفاق ، و يجوز نكاح الحرّة العبد و الهاشميّة غير الهاشمي ، والعربيّة العجمي و بالعكس ، و إذا خطب المؤمن القادر على النفقة وجب إجابته و إن كان أخفض نسباً و إن منعه الولي كان عاصياً ﴾

المحكيّ عن جماعة من الفقهاء رضوان الله تعالى عليهم إشتراط تمكّن الزّوج من النفقة لقول الله تعالى « و من لم يستطع طولاً أن ينكح المحصنات فممّا ملكت أيمانكم - الخ» وقول النبي صلى الله عليه وآله على المحكيّ لفاطمة بنت قيس لمّا أخبرته أنّ معاوية يخطبها : « إنّ معاوية صعلوك لامال له » و قول الصادق عليه السلام على المحكيّ : «الكفو أن يكون عفيفاً و عنده يسار»[1] و لما في ذلك من الاضرار بالمرأة ولايخفى عدم استفادة الشرطيّة بمعنى مدخليّة التمكّن في الصحّة فانّ الطول فسّر في الحديث بالمهر لما عن الصادق عليه السلام « لاينبغي أن يتزوّج الحرّ المملوكة اليوم إنّما كان ذلك حيث قال الله تعالى و من لم يستطع طولاً والطول المهر ومهر الحرّة اليوم مهر الأمة أو أقل»[2].

و قول النبيّ صلى الله عليه وآله المذكور لا يستفاد منه الشرطيّة بل الظاهر أنّه في مقام النصح للمستشيرة ، و قول الصادق عليه السلام المذكور محمولٌ على الفرد الكامل كما يظهر من بعض الأخبار الآخر حيث فسّر الكفو بأن يرضى دينه وخلقه .

---

(۱) الكافي ج ۵ ص ۳۴۷ .

(۲) الكافي ج ۵ ص ۳۶۰ .

وأمّا الاضرار فلا يوجب الشرطيّة للتمكّن مع أنّه كثيراً تتوجّه المرأة بعدم تمكّن الزّوج .

و مع هذا الوصف ترضى بالمزاوجة كما في بيع المغبون ، و في صورة عدم العلم لا يوجب إلّا الخيار و في النكاح أسباب الخيار محصورة .

هذا مضافاً إلى ما قيل من أنّه لو أخذ بعموم نفي الضرر و الضرار لزم الفقه الجديد ، و إنّما يؤخذ في الموارد الّتي أخذ الفقهاء به و يكفي دليلاً للصحّة قوله تعالى « إن يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله » .

و ممّا ذكر ظهر وجه عدم الخيار لو تجدّد العجز عن الإنفاق وإن قال المصنّف - قدّس سرّه - في الشرايع فيه روايتان أشهرهما أنّه ليس لها ذلك و هي ما روي ، عن أمير المؤمنين صلوات الله عليه إن امرأة استعدت إليه على زوجها للاعسار فأبى أن يحبسه و قال : إنّ مع العسر يسراً » خلافاً للمحكيّ عن أبي عليّ فسلّطها على الفسخ . وقيل يفسخه الحاكم فإن لم يكن الحاكم فسخت و قوله تعالى « و إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان » و الإمساك بلانفقة ليس بمعروف و للضرر والحرج .

و صحيح أبي بصير عن الصادق عليه السلام «من كانت عنده امرأة فلم يكسها ما يواري عورتها و يطعمها ما يقيم صلبها كان حقّاً على الإمام أن يفرق بينهما »(١) .

و صحيح ربعي و الفضيل ، عن الصادق عليه السلام « ان أنفق عليها ما يقيم صلبها مع كسوة و إلّا فرّق بينهما »(٢) .

و يمكن أن يقال : أمّا ما روي عن أمير المؤمنين عليه السلام فلادلالة فيه لمقامنا لانفياً و لا إثباتاً ، و قوله تعالى « فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان» يستفاد منه لزوم أحد أمرين إمّا الإمساك بمعروف أو التسريح بإحسان فمع عدم القدرة على الإمساك بمعروف يجب التسريح و التسريح هو التطليق و الطلاق غير الفسخ . و لعلّ المراد من التفريق

---

(١) الفقيه باب حق المرأة على الزوج تحت رقم ٥ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٤٣ .

المذكور في الصحيحين هو التطليق لا الفسخ ، هذا لو اُخذ بظاهرهما .

و الظاهر أنّ المشهور لا يلتزمون بإجبار الزّوج على التطليق أو تطليق الحاكم مع عدم إنفاق الزّوج سواء كان للإعسار أو مع القدرة و عدم الإنفاق .

و أمّا جواز نكاح المذكورين فيكفي فيه العمومات و خصوص ما جاء من تزويج جوير الدّلفاء و منجح بن رباح مولى عليّ بن الحسين بنت أبي رافع ، و نكاح عليّ بن الحسين مولاته ، و نكاح رسول الله صلى الله عليه و آله عائشة و حفصة و نكاح العوّام صفيّة والمقداد ضبيعة بنت الزّبير بن عبدالمطّلب و عثمان و أبي العاص و عمر وعبدالله بن عمر بن عثمان و مصعب بن زبير بنات رسول الله صلى الله عليه و آله و عليّ والحسين عليهما السلام .

و قد قال رسول الله صلى الله عليه و آله على المحكيّ لمّا تزوّج المقداد ابنة زبير بن عبدالمطّلب « لن تتضع المناكح » كقوله صلى الله عليه و آله « المسلم كفو المسلمة و المؤمن كفو المؤمنة ، و المؤمنون بعضهم أكفاء بعض ، و إذا جاءكم من ترضون خلقه و دينه فزوّجوه أن لا تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد كبير » .

و امّا وجوب إجابة الخاطب المؤمن القادر على النفقة و إن كان أخفض نسباً و كذا عصيان الولي لو امتنع فالظاهر أنّ نظر القائلين بهما إلى بعض الأخبار حيث فيه الأمر بتزويج من يرضى دينه و خلقه و أمانته إذا خاطب و في ذيله «أن لا تفعلوه تكن فتنة في الأرض و فساد كبير » .

و قد يجاب بأنّ المخاطب ليس هو المرأة بل الرّجال و حينئذ إمّا يراد خصوص الأولياء العرفية بقرينة ما في ذيلها من التعليل إذ لا يلزم فتنة و لا فساد في ما إذا امتنع الوليّ الشرعيّ عن تزويج الصغيرة ، وإنّما يلزمان إذا امتنع الوليّ العرفيّ عن تزويج الكبيرة مع رضاها بالخاطب ، وإمّا يراد بهم الأعمّ من الأولياء العرفيّة و الشرعيّة فلابدّ أن يراد من الأمر بالتزويج معنى يلائم كلتا الطائفتين وليس هو إلّا عدم جواز الامتناع عن تزويج الخاطب إيّاها من حيث عدم الكفاءة في الحسب و النسب و الشرف و الفضل والعظمة إذ إرادة وجوب التزويج من الأمر به لا تصحّ بالنسبة إلى الأولياء العرفيّة الّذين ليست عقدة النكاح بيدهم إذ مع كون النكاح معلّقاً على رضاها يكون تزويجها

خارجاً عن قدرتهم مع عدم رضاها و معه كيف يصحّ أمرهم بتزويجها مطلقاً ،ويمكن أن يقال : ما ذكر لا يوجب صرف الأمر المقرون بما في ذيله عن الوجوب ألا ترى أنّ تأكّد استحباب الصلاة جماعةً بالنسبة إلى كلّ مكلّف صحيح مع أنّ الجماعة منوطة بحضور الغير و هو خارج عن الاختيار مع أنّ القدرة كماتكون شرطاًفي الوجوب تكون شرطاً في الاستحباب أيضاًفلامانع من الحمل على الوجوب مع تحقّق الرّضا كما أنّه لا داعي إلى صرف الخطاب إلى الأولياء العرفيّة ، بل يمكن أن يكون الخطاب إلى الوليّ الشرعيّ و التعبير بالجمع من باب تلاقي الجمع بالجمع كما في قوله تعالى « فاغسلوا وجوهكم» مع أنّ كلّ أحد ليس له إلّاوجه واحد و مع ذلك كلّه يشكل حمل الأمر على الوجوب لكونه موجباً للوحشة حيث إنّ أخلاق الرّجل و المرأة كثيراً ما مختلفة غير متوافقة و بعد تحقّق النكاح يخرج الاختيار عن المرأة فكيف يجب على الولي إجابة الخاطب مع أنّه لا يبعدلزوم مراعاةالمصلحة فمع عدم المصلحة كيف يكون إجابة الخاطب واجباً على الوليّ فمقتضى التعليل المذكور وجوب رضي الكبيرةالباكرة أيضاً و لا يلتزمون به ظاهراً ، فلعلّ النظر إلي الترغيب كالترغيب في أصل الازدواج و إنّ من تزوّج أحرز نصف دينهفا نّ إحراز الدّين لازم و لايوجب الازدواج .

﴿و يكره أن يزوّج الفاسق ويتأكّد فيشارب الخمر وأن تزوّج المؤمنةالمخالف. و لا بأس بالمستضعف و المستضعفة و من لايعرف بعناد﴾ .

أمّا كراهة تزويج الفاسق فاستدلّ عليها بقوله تعالى « أفمن كان مؤمناً كمن كان فاسقاً » ومفهوم قوله صلّى الله عليه وآله وسلّم « إذا جاءكم من ترضون خلقه ودينه فزوّجوه » [1] وعلّل أيضاً بأنّ الفاسق لفسقه حريّ بالإعراض والإهانة ، والتزويج إكرام ومودّة ، وبأنّه لا يؤمن من الإضرار بها وقهرها بالفسق ، و لا يخفي الإشكال في استفادة الكراهة ممّا ذكر أمّا قوله تعالى فقد فسّر الفاسق فيه بالكافر بقرينة المقابلةمع المؤمن ، و مع قطع النظر عنهذا عدم كون الفاسق كالمؤمن لا يوجب الكراهة ، ألاترىأنّ الصلاةفيالدّار

(١) الكافي ج ۵ ص ٣٤٧ .

ليس كالصلاة في المسجد ، ومع هذا لا تكون مكروهة ، و ليس كلّ فسق يوجب الإعراض و الإهانة و سقوط حرمة الإيمان و ليس مفهوم الخبر المذكور كراهة التزويج لغير الموصوف بالوصف المذكور .

وأمّا تأكّد الكراهة في شارب الخمر فلقول الصادق عليه السلام على المحكيّ «من زوّج كريمته من شارب الخمر فقد قطع رحمها» [1] .

و امّا كراهة تزوج المؤمنة بغيرها المخالف فلما عرفت سابقاً .

و أمّا عدم البأس بالمستضعف و من لا يعرف بفساد فيدلّ عليه ما رواه في الكافي [2] عن زرارة في الصحيح أو الحسن قال : قلت : لأبي جعفر عليه السلام : إنّي أخشى أن لا يحلّ لي أن اتزوّج من لم يكن على أمري فقال : ما يمنعك من البله من النساء ، فقلت : و ما البله ؟ قال هنّ المستضعفات من اللاتي لا ينصبن و لا يعرفن ما أنتم عليه » .

و ما رواه في الفقيه عن حمران بن أعين في الحسن أو الموثّق و كان بعض أهله يريد التزويج فلم يجد امرأة يرضاها فذكر ذلك لأبي عبدالله عليه السلام فقال : أين أنت من البلهاء و التي لا يعرفون شيئاً ، قلت : إنّا نقول : إنّ الناس على وجهين كافر و مؤمن ، فقال : فأين الذين خلطوا عملاً صالحاً و آخر سيّئاً و أين المرجون لأمر الله أي عفو الله [3] .

﴿ الثانية إذا انتسب إلى قبيلة وبان من غيرها ففي رواية الحلبيّ يفسخ النكاح. الثالثة إذا تزوّج ثمّ بان أنّها كانت زنت فليس له الفسخ ولا الرّجوع على الوليّ بالمهر ، و في رواية لها الصداق بما استحلّ من فرجها ويرجع به على الوليّ ، و إن شاء تركها . الرّابعة لا يجوز التعريض بالخطبة لذات العدّة الرّجعيّة ويجوز في غيرها و يحرم التصريح في الحالين ﴾ .

ذهب الشيخ في النهاية و ابن حمزة و سعيد إلى أنّ للمرأة الفسخ إذا انتسب

---

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٤٧ .

(٢) المصدر ج ٥ ص ٣٤٩ .

(٣) الفقيه باب ما أحل الله من النكاح تحت رقم ١٢ .

الزّوج إلى قبيلة و بان من غيرها للتدليس و مضمر الحلبيّ الصحيح « في رجل تزوّج امرأة فيقول : أنا من بني فلان فلا يكون كذلك قال يفسخ النكاح ـ أو قال يرد ـ »[1] .

و استشكل من جهة الاضمار مع احتمال أن يكون الضمير راجعاً إلى الحلبيّ .

فلا يرد. أنّ الحلبيّ أجلّ من أن يروي نحو ذلك عن غير الإمام عليه السلام .

و يمكن أن يقال : إنّ ظاهر المضمر المذكور إنّ قول الرّجل أنا من بني فلان بعد التزويج بقرينة الفاء ولا يلتزم أحدٌ باختيار الفسخ للمرأة فمع حصر موجبات الفسخ في غيره في صحيح الحلبيّ كيف يؤخذ بمضمون المضمر .

وأمّا التدليس فإن قلنا في مثل البيع و نحوه كونه موجباً للخيار فلا دليل في النكاح مع حصر الموجبات للخيار بحسب صحيح المذكور على كونه موجباً للخيار ، و قد يقال : إنّ المسئلة لا تخلو عن صور لأنّ انتساب الزّوج إلى قبيلة خاصّة قد يكون داعياً إلى إقدام الزّوجة على تزويجه بحيث لو لم يكن من تلك القبيلة لما أقدمت على تزويجه أصلاً ، و قد لا يكون كذلك ، بل تكون مقدمة على تزويجه على نحو تعدّد المطلوب وعلى كلا التقديرين إمّا أن تكون هذه الجهة مأخوذة في العقد على نحو التوصيف أو الاشتراط أولا ، و على جميع التقادير إمّا أن يكون العاقد نفس الزّوجة أو وكيلها أو وليّها لا إشكال في أن مقتضى القاعدة فيما إذا كان الوصف الكذائي داعياً إلى وحدة المطلوب فبان خلافه هو بطلان العقد في ما كان العاقد نفسها أو وليّها ، وكونه فضوليّاً في ما كان العاقد وكيلها ضرورة انتفاء الرّضا بانتفاء ما قيّد به ، فيكون العقد خالياً عن الرّضا فيفسد أو يكون موقوفاً على الإجازة و مقتضى القاعدة فيما إذا كان الوصف داعياً على نحو تعدّد المطلوب و ذكر في العقد على نحو التوصيف أو الاشتراط فبان خلافه هو صحّة العقد و ثبوت خيار تخلّف الوصف أو الشرط فيما كان العاقد نفسها ، وكونه فضوليّاً موقوفاً على الإجازة فيما كان العاقد وكيلها لأنّ متعلّق الوكالة العقد الواقع على واجد الوصف لا الفاقد .

و يمكن أن يقال : ما ذكر أوّلاً يوجب بطلان جلّ المعاملات الواقعة بدواع

---

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٣٤ .

مختلفة فالعقد الواقع على الصحيح يقع بداعي الصحّة بحيث لو علم المشتري العيب لا يقدم على الاشتراء و في النكاح كثيراً يقدم الزوج على التزويج بداعي الخصوصيّات الّتي يعتقد في المرأة بحيث لوكانت فاقدتها لما أقدم الزوج على التزوّج ، والقائلون بثبوت الخيار لا يكتفون بصرف الدّاعي بل بناؤهم على لزوم الأخذ في العقد وصفاً أو شرطاً ولامعنى للخيار مع بطلان العقد رأساً ، والظاهر أنّ وجه الصحّة تحقّق القصد والرّضا بما وقع ، ألاترى أنّ الذّاهب إلى منزل صديقه بداعي ملاقاته يتحقّق منه القصد إلى الذّهاب مع أنّه لا يلاقيه و كان الذّهاب بداعي الملاقاة بنحو وحدة المطلوب ، وهذا لا يلائم مع المضمر المذكور أيضاً لأنّ المضمر ذكر فيه الفسخ أو الرّدّ مع التخلف من دون الاستفصال من جهة وحدة المطلوب أو تعدّده ، و ما ذكر من ثبوت الخيار في صورة تعدّد المطلوب و ذكر القيد وصفاً أو شرطاً في العقد يشكل مع حصر الفسخ في اُمور مخصوصة و مايقال من أنّه يكون الحصر إضافيّاً و بالنسبة إلى العيوب لا نسلّم للاطلاق و لذا لا يجوزون شرط الخيار في العقد .

و ما ذكر من أنّه إذا كان العاقد وكيلاً يكون العقد فضوليّاً يشكل من جهة أنّه إذا كان بنحو تعدّد المطلوب فكما أنّه لوكان العاقدة نفسها كان برضا منها كذلك توكيلها بالنسبة إلى النكاح .

و أمّا عدم خيار الفسخ لو تزوّج و بان أنّ المرأة زنت فهو المشهور و يدلّ عليه ما دلّ على حصر موجبات الخيار في غيره ففي صحيح الحلبيّ عن الصادق عليه السلام «إنّما يردّ النكاح من البرص والجذام والجنون والعفل [1] » .

و في خبر رفاعة عنه عليه السلام « سأله عن المحدود والمحدودة هل يردّ من النكاح؟ قال : لا [2] » خلافاً للمحكيّ عن الصدوق و أبي عليّ فخيّراه للعار و لقول أمير المؤمنين صلوات الله عليه على المحكيّ « في المرأة إذا زنت قبل أن يدخل بها قال : يفرّق بينهما

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٣٢ والاستبصار ج ٣ ص ٢٤٦ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٠٦ .

ولاصداق لها لأنّ الحدث كان من قبلها[١] » .

و اُجيب بضعف الرّواية و ظهوره في الانفساخ و ظهوره في كون الزّنا بعدالعقد و قبول الحمل على الطلاق .

و يمكن أن يقال : أمّا ضعف السند فان كان اعتماد الصدوق و أبي عليّ ـ قدس سرّهما ـ عليه فيشكل ، وأمّا الظهور في الانفساخ فهو قابل للمنع لأنّ التعبير بالتفريق نظير التعبير بالرّدّ في خبر الحلبيّ المذكور ولا ظهور في كون الزّنا بعدالعقد والحمل على الطلاق ينافي مع عدم الصداق لأنّ الطلاق قبل الدّخول يوجب استحقاق نصف المهر إلّا أن يخصّص عموم الدّليل بهذا الخبر ، ثمّ إنّه على المشهور مع الطلاق والإمساك تستحقّ المرأة المهر نصفه أو تمامه ومقتضى القاعدة عدم الرّجوع على الوليّ إذا أخذت المرأة المهر من الزّوج لكن مقتضى بعض النصوص استحقاق الزّوج إن طلّقها للرّجوع على الوليّ بالمهر إن كان عالماً بأمرها ففي صحيح معاوية بن وهب « سئل الصادق عليه السلام عن ذلك فقال : إن شاء زوجها أخذ الصداق ممّن زوّجها ولها الصداق بما استحلّ من فرجها ، و إن شاء تركها [٢] » .

وفي حسن الحلبيّ « سأله عن المرأة تلد من الزّنا ولا يعلم بذلك أحدٌ إلّا وليّها أيصلح لها أن يزوّجها و يسكت عن ذلك إذا كان قد رأى منها توبة أو معروفاً ؟ فقال: إن لم يذكر ذلك لزوجها ثمّ علم بعدذلك فشاء أن يأخذ صداقها من وليّها بما دلّس عليه كان له ذلك على وليّها و كان الصداق الّذي اُخذت لها لا سبيل عليها فيه بما استحلّ من فرجها و إن شاء زوجها أن يمسكها فلا بأس »[٣] .

وقد يقال : إنّ دلالة الخبر الثاني على استحقاق الزوّج للرّجوع بالمهر مع الطلاق بقرينة مقابلته لقوله عليه السلام « و إن شاء زوجها أن يمسكها فلابأس » واضحة فانّه يدلّ على أنّ الزّوج مخيّر بين أحد الأمرين من الطلاق والرّجوع على الوليّ بالمهر

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٥٠ .

(٢) التهذيب ج٢ ص ٢٣٩

(٣) الكافي ج٥ ص٤٠٨ .

والامساك من دون رجوع فتدبّر ، والخبر الأوّل يحتمل أن يكون المراد من قوله عليه السلام فيه و إن شاء تركها » هو تركها على حالها و عدم التعرّض لها كي يكون بمعنى الامساك فينطبق على الثاني ، و يحتمل أن يكون المراد منه فراقها بالطلاق فلاينطبق على الثاني فان رجحنا الاحتمال الأوّل بقرينةأنّ الاحتمال الثاني مستلزم لاستدامة استحلال الانتفاع ببضعها من غير عوض و هو خلاف المعلوم نصّاً و فتوى في غير المقام فهو و إلّا كان الخبر مجملا فيسقط عن صحّة الاستدلال به .

و يمكن أن يقال : لم يظهر دلالة الخبر الثاني على جواز الامساك بدون الرّجوع إلى الوليّ بل مقتضى تعليل الرّجوع بالتدليس إنّ له الرّجوع مطلقاً .

و ما ذكر في الخبر الأوّل من أنّه يحتمل الاحتمالين وعلى أحدهما يلزم استدامة الانتفاع بالبضع من غير عوض فيه نظر لامكان أن يقال : لم يكن البضع بلا عوض لأنّ المرأة تأخذ العوض إن كان المهر عوضاً غاية الأمر الزّوج يرجع إلى الوليّ من جهة تدليسه و إن كان مثل هذا يعدّ من الانتفاع بالبضع بلا عوض فليكن الرّجوع بعد الطلاق أيضاً كذلك حيث إنّ الزّوج انتفع و أخذ عوض المهر من الوليّ غاية الأمر الفرق بين استدامة الانتفاع و بين عدمها و مجرّد هذا لا يوجب الفرق حيث إنّ النصّ والفتوى على استحقاق الزّوجة مع استحلال فرجها المهر ولا نظر إلى صورة الاستدامة و عدمها .

و أمّا حرمة التعريض في الخطبة لذات العدّة الرّجعيّة و جوازه لغيرها وحرمة التسريح مطلقاً فاستدلّ عليها مضافاً إلى الاجماعات المحكيّة بقوله تعالى « ولا جناح عليكم في ماعرّضتم به من خطبة النساء أوأكننتم في أنفسكم علم الله أنّكم ستذكرونهنّ ولكن لا تواعدوهنّ سرّاً إلّا أن تقولوا قولا معروفاً ولاتعزموا عقدة النكاح حتّى يبلغ الكتاب أجله [1] » والمعروف أنّ التعريض خلاف التصريح و هو غير الكناية و لعلّه الايماء إلى المقصود بما لا يوضع له حقيقة ولا مجازاً ، فالتخصيص بالذّكر يستفاد منه

(۱) البقرة : ۲۳۵ .

حرمة التصريح والآية و إن كانت مختصّة بذات العدّة إلّا أنّه لمّا كان حرمة التصريح لذات العدّة لاحترام الزّوج فتدلّ على حرمة التعريض بالخطبة لذات البعل فضلاً عن التصريح بالأولويّة و مفهوم الموافقة فإذا كان خطبة ذات البعل تصريحاً وتعريضاً محرّمة تكون خطبة ذات العدّة الرّجعيّة أيضاً كذلك لأنّها بحكم الزوّجة ولا يخفى الاشكال فيما ذكر فإنّا لا نعلم حكم الاحكام ، ويمكن منع استفادة التحريم من تخصيص الجواز بالتعريض لإمكان أن يكون من جهة الحياء فإنّه كثيراً في الخطبة في غير ذات العدّة لا يصرّح وربما يكون بعض التعبيرات من سوء الأدب فالعمدة في إثبات الأحكام المذكورة الإجماعات المحكيّة .

﴿الخامسة إذا خطب فأجابت كره لغيره خطبتها ولا تحرم . السادسة نكاح الشغار باطل و هو أن تتزوّج امرأتان برجلين على أنّ مهر كلّ واحدة نكاح الاُخرى. السابعة يكره العقد على القابلة المربيّة وبنتها وأن يزوّج ابنه بنت زوجته إذا ولدتها بعد مفارقته لها ولا بأس بمن ولدتها قبل ذلك و أن يتزوج بمن كانت ضرّة لاُمّه مع غير أبيه و يكره الزّانية قبل أن تتوب﴾ .

إذا خطب الرّجل فأجابت المرأة فالمحكيّ عن الشيخ ـ قدّس سرّه ـ أنّه يحرم على غيره خطبتها لقوله عليه السلام على المحكيّ « لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه » و لحرمة الدخول في سوم المؤمن والخاطب مستام بقرينة قوله عليه السلام على المحكيّ «إنّه مستام يأخذ بأغلى الثمن » و لوجوب الإجابة عليها . و اُجيب بمنع صحّة الخبر الناهي عن الخطبة على خطبة الأخ ومنع كون الخاطب مستاماً وقوله عليه السلام «إنّه مستام » مبنيّ على التشبيه والمجاز ومنع وجوب الإجابة عليها ومنع كونهما نعاً عن إجابة الآخر فأصالة الحلّ والعمومات سالمة عن الحاكم والمخصّص ، ثمّ على تقدير الحرمة لو عصى وخطب لا يحرم عليه نكاحها و كان العقد صحيحاً للأصل و العمومات و عدم اقتضاء الإثم في الخطبة فساد العقد بعد عدم تعلّق نهي به .

ويمكن أن يقال أمّا منع صحّة الخبر فإن كان نظر فيه إلى عدم الصّحة بالمعنى

المصطلح في لسان الفقهاء فلا إشكال فيه لكن إذا كان الخبر معمولاً به عند مثل الشيخ و عمل الفقهاء به غاية الأمر حملوه على الكراهة فهو حجّة إلّا أن يكون أخذهم من باب التسامح كالتسامح في أدلّة المستحبّات ، وعلى تقدير الحجّيّة يمكن أن يكون النهي وضعيّاً نظير النهي عن إدخال بنت الأخ على العمّة أو بنت الأخت على الخالة حيث إنّه وإن كان النهي بملاحظة حال الخاطب الأوّل ومن جهة انكسار قلبه غالباً لكنّه لا يبعد استفادة الحرمة الوضعيّة الموجبة للفساد منه فتأمّل .

و أمّا بطلان نكاح الشغار فهو المصرّح به في كلام الأصحاب ـ والشغار بكسر الشين المعجمة وفتحها نكاح كان معمولاً في الجاهليّة وهو أن يجعل بضع امرأة مهر الأخرى و قد يفصل بأن يجعل تزويج الأخرى مهراً ، و يدلّ على البطلان من الأخبار ما رواه في الكافي عن غياث بن إبراهيم قال : « سمعت أباعبدالله عليه السلام يقول : قال رسول الله صلى الله عليه وآله: «لا جلب ولا جنب ولا شغار في الإسلام» . والشغار أن يزوّج الرّجل الرّجل ابنته أو اُخته و يتزوّج هو ابنة المتزوّج أو اُخته ولا يكون بينهما مهر غير تزويج هذا من هذا و هذا من هذا » [1] واستظهر أنّ هذا التفسير في الخبر من الإمام .

و ما رواه في الكافي عن ابن بكير في الموثّق ، عن بعض أصحابنا ، عن أبي جعفر أو أبي عبد الله عليهما السلام قال : « نهى عن نكاح المرأتين ليس لواحدة منهنّ صداق إلّا بضع صاحبتها ، و قال : لا يحلّ أن ينكح واحدة منهما إلّا بصداق أو نكاح المسلمين » [2].

ثمّ إنّ ظاهر الكلمات بطلان أصل النكاح و يظهر من كلام لبعض الفقهاء صحّته في صورة حيث قال والضابط أنّ كلّ نكاح جعل البضع فيه مهراً أو جزئه أو شرطه فهو باطل و إن جعل النكاح مهراً أو جزئه أو شرطه في نكاح بطل المسمّى دون النكاح. و قد علّل بطلان النكاح في الأوّل بلزوم التشريك في البضع بين كونه للزّوج و كونه مهراً مع أنّ البضع لا يصلح أن يكون مهراً .

و يمكن أن يقال : مقتضى القاعدة صحّة النكاح سواء كان المهر البضع أو

---

(١) و (٢) الكافي ج٥ ص٣٦١ .

التزويج لأنّ المهر ليس ركناً في النكاح و ما ذكر من لزوم التشريك في البضع محل إشكال لأنّ التشريك في صورة الملكيّة العرضيّة لا الطوليّة كما لو باع و شرط على المشتري ملكيّة عين لعمرو بنحو شرط النتيجة فمقتضى الشرط ملكيّة عمرو للعين والبايع مالك للشرط على المشتري بحيث لو كان المشروط عملاً للغير و أخلّ المشتري يتحقّق للبايع خيار تخلف الشرط ، لكن ظاهر الأخبار بطلان النكاح ولا داعي إلى صرف ما ذكر فيه تفسير الشغار بجعل البضع مهراً إلى جعل التزويج مهراً بعد ذكر التفسيرين في الأخبار .

و أمّا كراهة العقد على القابلة المربيّة فللنهي عنه في خبر إبراهيم بن عبدالحميد « سألت أباالحسن عليه السلام عن القابلة تقبّل الرّجل أله أن يتزوّجها ؟ فقال : إن كان قد قبّلته المرّة والمرّتين فلا بأس وإن كانت قد قبلته و ربّته وكفلته فإنّي أنهى نفسي عنها و ولدي » و في خبر آخر « وصديقي » [1].

و خبر عمرو بن شمر عن أبي عبد الله عليه السلام « قلت له : الرّجل يتزوّج قابلته قال : لا ، ولا ابنتها [2] » .

و خبر أبي بصير عنه عليه السلام أيضاً « لا يتزوّج المرأة الّتي قبلت ولا ابنتها [3] » .

و غيرها من الأخبار المحمولة على الكراهة لصحيح البزنطي « قلت للرّضا عليه السلام يتزوّج الرّجل المرأة الّتي قبّلته ؟ فقال : سبحان الله ماحرّم الله عليه من ذلك »[4] .

وإن أمكن التخصيص بصورة الكفالة بملاحظة خبر إبراهيم المذكور لكنّ الظاهر منه الكراهة بقرينة قوله عليه السلام على المحكيّ «أنهى نفسي عنها و ولدي » فإنّ المحرّم لا اختصاص فيه .

---

(١) التهذيب ج٢ ص٢٤١ .

(٢) الكافي ج٥ ص٤٤٧ .

(٣) التهذيب ج٢ ص٢٤١ والاستبصار ج٣ص ١٧٦ .

(٤) التهذيب ج ٢ ص٢٤٠ والاستبصار ج٣ ص ١٧٦ .

و أمّا كراهة تزويج ابنه بنت زوجته إذا ولدتها بعد المفارقة فلخبر إسماعيل بن همّام قال : « قال أبو الحسن عليه السلام قال محمّد بن علي عليهما السلام في الرّجل يتزوّج المرأة و يزوّج ابنتها ابنه فيفارقها و يتزوّجها آخر فتلد منه بنتاً فكره أن يتزوّجها أحد من ولده لأنّها كانت امرأته فطلّقها فصار بمنزلة الأب وكان قبل ذلك أباً لها»(١) .

و خبر الهلاليّ « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرّجل يتزوّج المرأة و يزوّج ابنه ابنتها ؟ قال : إن كانت الابنة لها قبل أن يتزوّج بها فلابأس»(٢) .

و خبر آخر سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرّجل يتزوّج المرأة ولها ابنة من غيره أيزوّج ابنه ابنتها ؟ قال : إن كانت من زوج قبل أن يتزوّجها فلا بأس ، و إن كانت من زوج بعد ما تزوّجها فلا » (٣) .

و هذه الرّوايات محمولة على الكراهة لصحيح عيص بن القاسم ، عن أبي عبدالله عليه السلام « سألته عن الرّجل يطلّق امرأته ثمّ خلف عليها رجلٌ بعد فولدت للا خر فهل يحلّ ولدها من الآخر لولد الأوّل من غير ها ؟ قال : نعم قال وسألته عن رجل اعتق سريّة له ثمّ خلّف عليها رجلٌ بعده ثمّ ولدت للآخر هل يحلّ ولدها لولد الّذي اعتقها؟ قال : نعم » (٤) .

و قد يقال باختصاص الكراهة بالنسبة إلى بنت الزّوجة ولا دليل على الكراهة بالنسبة إلى بنت الأمة الموطوءة المملوكة لكن يدفع هذا من جهة ما في خبر إبراهيم من التعليل بأنّه صار بمنزلة العبد وظهر ممّا ذكر عدم البأس بمن ولدتها قبل ذلك .

و أمّا كراهة التزوّج بمن كانت ضرّة لاُمّه مع غير أبيه فلخبر زرارة « سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول : ما اُحبُّ للرّجل المسلم أن يتزوّج امرأة كانت ضرّة لاُمّه مع

---

(١) التهذيب ج٢ ص٢٤٠ .

(٢) الكافي ج٥ ص٤٠٠ .

(٣) الفقيه باب ماأحل الله من النكاح تحت رقم ٧٦ . ولعله متحد مع ماقبلها .

(٤) الكافي ج٥ ص٣٩٩ والتهذيب ج ٢ ص٢٤٠ .

غير أبيه » [٢] .

و أمّا كراهة التزوّج بالزّانية قبل أن تتوب فقد مضى الكلام فيها .

﴿ القسم الثاني في النكاح المنقطع والنظر في أركانه و أحكامه : و أركانه أربعة الأوّل الصيغة و هو ينعقد بأحد الألفاظ الثلاثة خاصّة و قال « علم الهدى » : ينعقد في الإماء بلفظ الإباحة والتحليل . الثاني الزوّجة و يشترط كونها مسلمة أو كتابيّة . ولا يصحّ بالمشركة والناصبة ﴾ .

قد ادّعي الاجماع على اعتبار الصيغة والإيجاب والقبول و عدم التحقّق بالمراضاة و يظهر من بعض الاكتفاء بحصول الرّضا من الطرفين لخبر نوح بن شعيب عن عليّ ، عن عمّه ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « جاءت امرأة إلى عمر فقالت :إنّي زنيت فطهّرني فأمر بها أن ترجم فأخبر بذلك أمير المؤمنين عليه السلام فقال : كيف زنيت قال : مررت في البادية فأصابني عطش شديد فاستقيت أعرابياً فأبى أن يسقيني إلاّ أن اُمكّنه من نفسي فقال أمير المؤمنين عليه السلام : تزويج و ربّ الكعبة [١] » .

وقد رويت هذه القصّة بنحو آخر فروى الصدوق في الفقيه والشيخ في التهذيب عن محمّد بن عمرو بن سعيد عن بعض أصحابنا قال : أتت امرأة إلى عمر فقالت يا أمير المؤمنين إنّي فجرت فأقم فيّ حدّ الله فأمر برجمها و كان عليّ عليه السلام حاضراً قال : فقال له سلها كيف فجرت قالت : كنت في فلاة من الأرض أصابني عطش شديد فرفعت لي خيمة فأتيتها فأصبت فيها رجلاً أعرابياً فسئلته الماء فأبى أن يسقيني إلّا أن اُمكّنه من نفسي فوليت منه حاربةً وأشتدّ بي العطش حتّى غارت عيناي وذهب لساني ، فلمّا بلغ منّي أتيته فسقاني و وقع عليّ فقال له عليّ صلوات الله عليه هذه الّتي قال الله « فمن اضطرّ غير باغ ولا عاد و هذه غير باغية ولا عادية إليه فخلّى سبيلها فقال عمر « لولا عليّ لهلك عمر » [٢] .

---

(١) التهذيب ج٢ ص٢٤٥ والكافي ج ٥ ص ٤٦٧ .

(٢) راجع وسائل الشيعة كتاب الحدود أبواب حد الزنا ، ب ١٨ ح ٦ .

ولا يخفى أنّ الاختلاف بين الخبرين ليس بحدٍّ يقال فيه خبر واحد اضطرب متنه بل كأنّهما متباينان و احتمال تعدُّد القضيّة بعيدٌ و مع هذا الوصف كيف يمكن الأخذ بخبر نوح في الاكتفاء بالمراضاة فبعد البناء على لزوم الصيغة والإيجاب والقبول فالمعروف لزوم أحد الألفاظ الثلاثة وهي زوّجتك وأنكحتك ومتّعتك في طرف الإيجاب فيقبل الزّوج ، و جوّز أبوالصلاح و ابن البرّاج في الايجاب أن يقع من الرّجل بقوله متّعيني نفسك كذا فتقول المرأة قبلت أو رضيت ، و نقل عن المرتضى - قدّس سرّه - أنّه جعل تحليل الأمة عقد متعة و قد يقال : إنّ النكاح المنقطع ليس كالدّائم في كونه من الموضوعات العرفيّة ولذا كثر السؤال عن كيفيّته عن الأئمّة عليهم السلام ولم يسئل عن كيفيّة الدّائم فلا إطلاق لأدلّته كي يرجع إليه عند الشكّ في اعتبار شيء شطراً أو شرطاً إلّا أنّه يظهر من بعض النصوص الواردة في كيفيّته عدم اعتبار تقدّم الإيجاب على القبول في عقده و عدم اشتراط الماضويّة فيهما كرواية أبان بن تغلب قال : « قلت لأبي عبدالله عليه السلام : كيف أقول لها إذا خلوت بها ؟ قال عليه السلام تقول : أتزوّجك متعة على كتاب الله و سنّة نبيّه لا وارثة ولا موروثة كذا و كذا يوماً و إن شئت كذا و كذا سنةً بكذا وكذا درهماً و تسمّي من الأجر ماتراضيتما عليه قليلا كان أو كثيراً ، فإذا قالت : نعم فقد رضيت و هي امرأتك و أنت أولى النّاس بها » [1] .

ورواية النعمان الأحول قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام قلت : أدنى ما يتزوّج به الرّجل المتعة ؟ قال عليه السلام : كفٌّ [كفّين خ ل] من برٍّ يقول لها زوّجيني نفسك متعة على كتاب الله و سنة نبيّه نكاحاً غير سفاح على أن لا أرثك ولا ترثيني ولا أطلب ولدك إلى أجل مسمّى فإن بدالي زدتك و زدتني [2] » .

و يمكن أن يقال ما ذكر من عدم الإطلاق وأنّه ليس من الموضوعات العرفيّة فيه نظر فإنّه بعد ما كان معروفاً في عصر النبيّ صلى الله عليه وآله و كان النكاح المنقطع مستمرّاً إلى

---

(١) الكافي ج٥ ص ٢٥٥ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص١٨٩ .

زمان عمر ، فالأخبار الواردة ناظرة إلى ذلك ولا فرق بينه وبين الدائم من حيث الحقيقة إلّا من جهة التوقيت حتّى أنّه ورد في بعض الأخبار أنّه لو أخلّ بالمدّة يصير دائماً غاية الأمر لزوم ذكر الأجل والمهر المسمّى بخلاف الدائم وعلى هذا فالأخبار الواردة بعد ذلك لا مانع من الأخذ باطلاقها و إن كان النظر فيها إلى الثواب المترتّب منها ما عن بكر بن محمّد ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سألته عن المتعة فقال : إنّي لأكره للرّجل المسلم أن يخرج من الدّنيا و قد بقيت عليه خلّة من خلال رسول الله صلى الله عليه وآله لم يقضيها[1] » « فقلت : فهل تمتّع رسول الله صلى الله عليه وآله ؟ فقال : نعم ، و قرأ هذه الآية «وإذ أسرّ النبيّ إلى بعض أزواجه حديثاً - إلى قوله - و أبكاراً » [2] .

و نقل شيخنا المجلسيّ - قدّس سرّه - في كتاب البحار عن رسالة الشيخ المفيد - قدّس سرّه - في المتعة أخباراً عديدة في استحبابها منها مارواه بسنده في الرّسالة إلى هشام بن سالم في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « يستحب للرّجل أن يتزوّج المتعة و ما أُحبّ للرّجل منكم أن يخرج من الدّنيا حتّى يتزوّج المتعة ولو مرة[3] ».

و عن بكر بن محمّد عن الصادق عليه السلام حيث سئل عن المتعة فقال : أكره للرّجل أن يخرج من الدّنيا و قد بقيت عليه خلّة من خلال رسول الله صلى الله عليه وآله لم تقض » .

وعن محمّد بن مسلم في الصحيح عن أبي عبدالله عليه السلام « أنّه قال: قال لي : تمتّعت؟ قلت : لا ، قال : لا تخرج من الدّنيا حتّى تحيي السنّة » [4] .

و عن صالح بن عقبة[5] عن أبيه ، عن الباقر عليه السلام قال : قلت : للمتمتع ثواب ؟ فقال : إن كان يريد بذلك وجه الله تعالى و خلافاً على ما أنكرها لم يكلمها كلمة إلّا كتب الله له بها حسنة ولم يمدّ يده إليها إلّا كتب الله له حسنة فإذا دنا منها غفر الله له بذلك ذنباً فإذا اغتسل غفر الله له بقدر مامرّ من الماء على شعره ، قلت : بعدد الشعر ؟

(١و٢) الفقيه في المتعة تحت رقم ٢٠ و ٣٢ . و قرب الاسناد ص ٢١ .

(٣) الوسائل أبواب المتعة ب ٢ تحت رقم ١٠ .

(٤) الوسائل الباب تحت رقم ١١ .

(٥) الفقيه في المتعة تحت رقم ١٨ .

قال : نعم بعدد الشعر » .

هذا والأخبار الواردة في كتب أهل السنّة أيضاً كثيرة منها ما رواه الحميدي في الجمع بين الصحيحين في مسند عبدالله بن عبّاس قال : قال أبو نضرة كان ابن عبّاس يأمر بالمتعة و كان ابن زبير ينهى عنها ، قال : فذكرت ذلك لجابر بن عبد الله فقال : على يدي دار الحديث تمتّعنا مع رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فلمّا قام عمر قال : إنّ الله كان يحلّ لنبيّه ما يشاء بما يشاء وإنّ القرآن قد نزل منازله فأتمّوا الحجّ كما أمركم وبتّوا نكاح هذه النساء فلن اُوتى برجل نكح امرأةً إلى أجل إلّا رجمته بالحجارة » .

و روى الترمذيّ في صحيحه عن ابن عمر وقد سأله رجل من أهل الشام عن متعة النساء فقال : حلالٌ ، فقال : إنّ أباك قد نهى عنها ؟ فقال ابن عمر : أرأيت إن كان أبي قد نهى عنها وصنعها رسول الله صلى الله عليه وآله يترك السنّة ويتّبع أبي » [1] .

و روى حافظ أبو نعيم في كتاب الحلية ، وأحمد بن حنبل في المسند عن عمران بن حصين في متعة النساء واللّفظ له قال : قد اُنزلت المتعة في كتاب الله و عملناها و فعلنا مع النبيّ صلى الله عليه وآله ولم ينزل قرآن بحرمتها ولم ينهه عنها حتّى مات » [2] .

والأخبار المذكورة في كيفيّة المتعة ليست ناظرة إلى مدخليّة الخصوصيّات المذكورة في صحّتها والشاهد اختلافها في تلك الخصوصيّات و على هذا فلا مانع من الاخذ باطلاق الاخبار في ماشكّ في مدخليّته ، ثم إنّه على ماذكر من اطلاق الاخبار لوشك في لزوم تعدد الموجب والقابل في المقام أمكن التمسّك بالاطلاق وكفاية المغايرة الاعتباريّة و قد يتمسّك لرفع هذا الشكّ باطلاق ولاية الجدّ للأب على الصبيّ والصبية من بنيه إذ لا شكّ في أنّ له الولاية على تزويج أحدهما الآخر ، فلو اشترط تعدّد الموجب والقابل لزم عدم ولايته على ذلك وهو مخالف لاطلاق أدلّتها المقتضي لجواز تزويجه لهما مباشرة و تصويباً بالتوكيل فاذا ثبت عدم اعتبار التعدّد في العقد الصادر عن الوليّ يثبت عدم اعتباره في الصادر عن غيره بعدم الفصل .

(١) السنن كتاب الحج باب ما جاء فى التمتع .

(٢) المسند ج۴ ص ۴۳۶ . وفيه « أمر أبي يتبع ام أمر رسول الله (ص) » .

إن قلت : إنّ الجدّ إنّما تكون له الولاية على العقد المشروع فمع الشكّ في مشروعيّة العقدمع وحدة الموجب والقابل كيف يتمسّك بعموم أدلّة الولاية لأنّه تمسّك بالعام في الشبهة المصداقيّة؟ قلت : تقييده بكونه مشروعاً ليس لدليل لفظيّ بل هو بالإجماع و نحوه من الأدلّة اللبّيّة و قد حقّق في الأصول جواز التمسّك بالعام مع الشكّ في مصداق المخصّص إذا كان المخصّص لبّياً .

و يمكن أن يقال : أمّا ما ذكر من عدم الفصل ففيه إشكال لأنّه قيل بالمنع في ما لو كان التزويج لنفس العاقد ، و ذكر رواية عمّار الساباطيّ و إن كان الأصحاب لم يعملوا بمضمونه .

و أمّا ما ذكر من التمسّك بالعام في الشبهة المصداقيّة إذا كان المخصّص لبّياً فيشكل بنحو الإطلاق ألا ترى أنّه لو قال السيّد لعبده : أكرم جيراني . والعبد عالم بأنّ زيداً لا يجب إكرامه فوجد رجل من الجيران واحتمل أنّه زيد فهل يجب إكرامه من جهة كون المخصّص لبّياً ، نعم لا إشكال في أنّه إذا شكّ في وجود المصلحة في فرد من أفراد العام فلا إشكال في أنّه يؤخذ بالعام لأنّ إحراز المصلحة مربوط بالمولى فيؤخذ بالعموم و يستكشف منه المصلحة ، وليس ما نحن فيه من هذا القبيل بل المقام من قبيل التمسّك بقاعدة السلطنة لرفع الشكّ في اعتبار شيء في مثل البيع فمع عدم الإطلاق كيف يمكن .

و أمّا ما حكي عن علم الهدى ـ قدّس سرّه ـ من الانعقاد في تزويج الإماء بلفظ الإباحة و التحليل فلم يظهر وجهه لعدم الفرق بين الحرائر والإماء من هذه الجهة ، و يمكن أن يكون من جهة أنّ المستفاد من قوله تعالى « والّذين هم لفروجهم حافظون ـ إلخ » حصر الحلّيّة في الأزواج و ما ملكت أيمانهم فلا بدّ أن يكون الأمة المحلّلة داخلة في الأزواج فيحصل النكاح المنقطع بصيغة التحليل ، و في التمسّك بالعموم أو الاطلاق في أمثال المقام كلام .

و أمّا اشتراط كون الزّوجة مسلمة أو كتابيّة فقد سبق الكلام فيه في النكاح الدّائم و من لم يقل بجواز نكاح الكتابيّة بنحو الدّوام يقول بالجواز في النكاح

المنقطع كما سبق عدم جواز نكاح الناصبيّة بنحو الإطلاق و كذا المشركة .

﴿ و يستحبُّ اختيار المؤمنة العفيفة ، و أن يسألها عن حالها مع التّهمة ، و ليس شرطاً . و يكره بالزّانية وليس شرطاً ، و أن يستمتع ببكر ليس لها أب فإن فعل فلا يفتضّها ، وليس محرّماً ، ولاحصر في عددهنّ ﴾ .

أمّا استحباب اختيار المؤمنة فيدلُّ عليه ما رواه المشايخ الثلاثة [1] في الصحيح عن محمّد بن إسماعيل بن بزيع قال : « سأل رجلٌ أبا الحسن الرّضا عليه السلام - إلى أن قال :- فقال: لاينبغي لك أن تتزوّج إلّا مؤمنة أومسلمة فإنّ الله عزّوجلّ يقول« الزّاني لا ينكح إلّا زانية أو مشركة والزّانية لا ينكحها إلّا زان أو مشرك و حرّم ذلك على المؤمنين » .

و في رواية الفقيه والتهذيب « إلّا بمأمونة » عوض « مؤمنة » .

و أمّا استحباب اختيار العفيفة فلحديث أبي سارة قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عنها يعني المتعة ، قال لي : حلال ولا تتزوّج إلّا عفيفة إنّ الله عزّ وجلّ يقول : « الّذينهم لفروجهم حافظون » فلا تضع فرجك حيث لا تأمن على درهمك » [2] .

و أمّا ما رواه الشيخ عن الحسن بن عليٍّ ، عن بعض أصحابه يرفعه إلى أبي عبد الله عليه السلام قال : « لا تمتّع بالمؤمنة فتذلّها » فقد قال الشيخ إنّه يحتمل أن يكون المراد به إذا كانت المرأة من أهل بيت الشرف يلحق أهلها العار و يلحقها الذلُّ و يكون ذلك مكروهاً انتهى [3] .

و امّا حسن السؤال عن حالها إذا كانت غير مأمونة فيدلُّ عليه ما رواه المشايخ الثلاثة - قدّس أسرارهم - عن أبي مريم في الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام « أنّه سئل عن المتعة فقال : إنّ المتعة إليوم ليست كما كانت قبل اليوم إنّهنّ كنّ يومئذ يؤمنّ

---

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٥٤ والتهذيب ج ٢ ص ١٩١ . والفقيه باب المتعة ح ٥ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٥٣ والتهذيب ج ٢ ص ١٨٧ .

(٣) راجع التهذيب ج ٢ ص ١٨٧ .

واليوم لا يؤمنّ فاسألوا عنهنّ » [١] قال في الوافي: يؤمنّ إمّا بكسر الميم من الإيمان بمعنى إيمانهنّ بحلّ المتعة و إمّا بفتحها من الأمانة بمعنى صيانة أنفسهنّ عن الفجور أوعن الإذاعة إلى المخالفين و يبعد الأوّل لانّه مع عدم الإيمان بحلّ المتعة كيف ينعقد العقد معها و ظاهره وجوب السؤال و إن لم تكن المرأة بشخصها متّهمة .

و في قبال ما ذكر أخبار اُخر يستفاد منها عدم لزوم السؤال منها ما روى الكليني - قدّس سرّه - في الصحيح عن ميسّر « قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : ألقى المرأة في الفلات الّتي ليس فيها أحد ، فأقول لها : لك زوج ؟ فتقول : لا فأتزوّجها قال : نعم هي المصدّقة على نفسها » [٢] .

و روى الصدوق باسناده عن يونس بن عبد الرحمن عن الرضا عليه السلام في حديث قال « قلت : المرأة تتزوّج متعة و ينقضي شرطها و يتزوّجها رجلٌ آخر قبل أن تنقضي عدّتها؟ قال : وما عليك إنّما إثم ذلك عليها » [٣] .

و روى في التهذيب عن فضل مولى محمّد بن راشد ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « قلت إنّي تزوّجت امرأة متعةً فوقع في نفسي أنّ لها زوجاً ، ففتّشت عن ذلك فوجدت لها زوجاً ، قال : ولم فتّشت » [٤] .

و عن مهران بن محمّد ، عن بعض أصحابنا ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « قيل له : إنّ فلاناً تزوّج امرأة متعةً فقيل له : إنّ لها زوجاً فسألها فقال أبو عبد الله عليه السلام : ولم سألها [٥] » .

و عن محمّد بن عبد الله الأشعريّ قال : « قلت للرّضا عليه السلام : الرّجل يتزوّج المرأة فيقع في قلبه أنّ لها زوجاً ، فقال : وما عليه أرأيت لو سألها البيّنة كان يجد من يشهد أن ليس لها زوج » [٦] .

---

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٥٣ والتهذيب ج٢ ص ١٨٦ والفقيه باب المتعة تحت رقم ٣ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٦٢ .

(٣) الفقيه باب المتعة تحت رقم ١٧ .

(٤و٥و٦) التهذيب ج ٢ ص ١٨٧ .

وفي رسالة المتعة للشيخ المفيد على ما نقله في البحار عن أبان بن تغلب عن أبي عبدالله عليه السلام « في المرأة الحسناء ترى في الطريق ولا تعرف أن تكون ذات بعل أو عاهرة ؟ فقال : ليس هذا عليك إنّما عليك أن تصدّقها في نفسها » [١].

و عن جعفر بن محمّد بن عبيد الأشعريّ ، عن أبيه قال: « سألت أبا الحسن عليه السلام عن تزويج المتّعة ، و قلت أتّهمها بأنّ لها زوجاً يحلّ لي الدّخول بها ؟ قال عليه السلام : أرأيت إن سألتها البيّنة على أن ليس لها زوجٌ هل تقدر على ذلك » .

فمقتضى الجمع صرف ما دلّ على وجوب السؤال عن ظاهره فليس السؤال شرطاً للصّحة كما في المتن .

و أمّا كراهة التمتّع بالزّانية فيدلّ عليها رواية محمّد بن الفيض [٢] و فيها قال عليه السلام « إيّاكم والكواشف ، والدّواعي ، والبغايا ، و ذوات الأزواج . فقلت : ما الكواشف ؟ قال : اللّواتي يكاشفن و بيوتهنّ معلومة و يؤتين [٣] قلت : فالدّواعي ؟ قال : اللّواتي يدعون إلى أنفسهنّ وقد عرفن بالفساد ، قلت : والبغايا؟ قال :المعروفات بالزّنا ، قلت : فذوات الأزواج ؟ قال : المطلّقات على غير السنّة » .

و ما رواه المشايخ الثلاثة ، عن محمّد بن إسماعيل بن بزيع في الصحيح قال : «سأل رجلٌ أبا الحسن الرّضا عليه السلام و أنا أسمع عن رجل تزوّج المرأة متعةً و يشترط عليها أن لا يطلب ولدها فتأتي بعد ذلك بولد فشدّد في إنكار الولد ، و قال أيجحده إعظاماً لذلك ، فقال الرّجل: فإن اتّهمها ؟ فقال : لا ينبغي لك أن تتزوّج إلّا مؤمنة أو مسلمة ، فإنّ الله عزّ وجلّ يقول « الزّاني لا ينكح إلّا زانية أو مشركة » ـ الحديث » [٤] .

---

(١) و رواه الكلينى فى الكافى ج ٥ ص ٤٦٢ .

(٢) كذا فى الكافى ج ٥ ص ٤٥٤ . و هكذا فى المعانى ص ٢٢٥ أيضاً وفى بعض الكتب « محمد بن العيص » .

(٣) كذا فى الوسائل والمعانى . وفى التهذيب والاستبصار « و يزنين » .

(٤) تقدم ص ٢٧٥ .

و ظاهر الخبر الأوّل الحرمة والثاني قابل لها لأنّه كثيراً يراد من لا«ينبغي» الحرمة لكن الجمع مع مارواه الشيخ عن زرارة قال : « سأله عمّار و أنا عنده عن الرجل يتزوّج الفاجرة متعةً ؟ قال : لا بأس ، وإن كان التزويج الآخر فليحصن بابه »[١] .

و ما عن إسحاق بن جرير قال : « قلت لأبي عبدالله عليه السلام : إنّ عندنا بالكوفة امرأة معروفة بالفجور هل يحلّ لي أن أتزوّجها متعة ؟ فقال : رفعت راية ؟ قلت : لا لو رفعت راية لأخذها السلطان ، قال : نعم تزوّجها متعة ، قال : ثمّ أصغى إلى بعض مواليه فأسرّ إليه شيئاً ، فلقيت مولاه فقلت له : ماقال ؟ فقال : إنّما قال: ولو رفعت راية ما كان عليه في تزويجها شيء إنّما يخرجها من حرام إلى حلال »[٢] يقتضي الحمل على الكراهة .

وأمّا كراهة الاستمتاع بالبكر فلقول الصادق عليه السلام على المحكيّ في خبر البختريّ «في الرّجل يتزوّج البكر متعة يكره للعيب على أهلها »[٣] .

و قول أبي الحسن عليه السلام على المحكيّ في خبر المهلب الدّلاّل « لا يكون تزويج متعة ببكر »[٤] المحمولين على الكراهة المصطلحة من الأخبار المعتبرة الدّالّة على الجواز ، لكن لا تقييد بعدم الأب كما في المتن .

وأمّا كراهة الافتضاض مع تحقّق المتعة فللنهي عنه قال الصادق عليه السلام على المحكيّ في خبر ابن أبي الحلال : « لا بأس أن يتمتّع بالبكر ما لم يفض إليها [مخافة] كراهية العيب على أهلها »[٥] .

وفي مرسل ابن أبي حمزة عنه عليه السلام أيضاً « في البكر يتزوّجها الرّجل متعة ، قال: لا بأس ما لم يفتضّها »[٦] .

(١) التهذيب ج ٢ ص ١٨٧ والاستبصار ج ٣ ص ١٤٣ .
(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٤٩ .
(٣) التهذيب ج ٢ ص ١٨٨ . والكافي ج ٥ ص ٤٦٢ .
(٤) التهذيب ج ٢ ص ١٨٧ والأستبصار ج ٣ ص ١٤٦ .
(٥) الكافي ج ٥ ص ٤٦٢ .
(٦) الكافي ج ٥ ص ٤٦٣ .

و مرسل أبي سعيد القمّاط « قلت : لأبي عبد الله عليه السلام جارية بكر بين أبويها تدعوني إلى نفسها سرّاً من أبويها أفأفعل ذلك ؟ قال : و اتّق موضع الفرج ، قال : قلت : و إن رضيت بذلك ؟ قال : و إن رضيت فإنّه عار على الأبكار »[1] .

وقد حملت هذه الأخبار على الكراهة بقرينة التعليل في بعضها بما يناسب الكراهة ولا يخلو عن الإشكال .

و أمّا عدم الحصر في المتعة فقد سبق الكلام فيه .

﴿ ويحرم أن يستمتع أمة على حرّة إلّا بإذنها وأن يدخل على المرأة بنت أخيها أو بنت أختها ما لم تأذن ﴾ .

قد سبق الكلام في حرمة إدخال الأمة على الحرّة بدون الإذن و كذا إدخال بنت الأخ أو بنت الأخت على العمّة والخالة ، وذكر الأخبار هناك فان كان للأخبار المذكورة إطلاق يشمل النكاح المنقطع تمّ حرمة استمتاع الأمة على الحرّة بغير إذنها و حرمة إدخال بنت الأخ والأخت لكن يشكل إطلاقها فإنّ المتعة لا يعبّر عنها بالتزوّج بدون القيد و من راجع الأخبار يتوجّه إلى أنّ التزوّج و النكاح بدون القيد يراد منه النكاح الدّائم غالباً، فشمول الأخبار الواردة للنكاح المنقطع مشكل إلّا أن يدّعى الإجماع في المسألة .

﴿ الثالث المهر وذكره شرط ، ويكفي فيه المشاهدة ، ويتقدّر بالتراضي ولو بكفّ من برّ ، و لو لم يدخل و وهبها المدّة فلها النصف و يرجع بالنصف عليها لو كان دفع المهر و إذا دخل استقرّ المهر تماماً ، و لو أخلّت بشيء من المدّة قاصّها ، ولو بان فساد العقد فلا مهر إن لم يدخل ، ولو دخل فلها ما أخذت وتمنع ما بقي والوجه أنّها تستوفيه مع جهالتها و يستعاد منها مع علمها و لو قيل بمهر المثل مع الدّخول و جهلها كان حسناً ﴾ .

لا إشكال ولا خلاف في شرطيّة المهر في هذا النكاح فيبطل العقد بعدم ذكره ،و

---

(١) التهذيب ج ٢ ص ١٨٧ .

يدلّ عليه صحيح زرارة عن الصادق عليه السلام ولا تكون متعة إلّا بأمرين بأجل مسمّى وأجر مسمّى »[1].

والمشهور أنّ المهر إذا كان عيناً لزم كونه مملوكاً للزّوج ، فلو كان مملوكاً لغيره لم يصحّ العقد لأنّ المهر عوض البضع ولا بدّ أن يخرج العوض من ملك من يدخل في ملكه المعوض .

واستشكل بأنّ المتعة ليست من العقود المعاوضيّة لعدم مساعدة العرف والاعتبار عليه إذ لا يعدّ البضع مالاً عندهم ، وقول الصادق عليه السلام على المحكيّ « إنّهنّ مستأجرات[2] » كقول الباقر عليه السلام على المحكيّ « إنّما هي المستأجرة[3] » إنّما هو في مقام التشبيه و تنزيل المتعة منزلة المستاجرة في مجرّد أنّها تخرج عن عقد الزّوج بانقضاء المدّة كما تخرج المستأجرة من إجارة المستأجر بانقضائها كيف ولو كان المراد التنزيل في جميع الآثار لزم بطلان العقد لومات أحدهما في أثناء المدّة ورجوع المهر إلى الزّوج بالنسبة إلى ما بقي منها .

و يمكن أن يقال لم يظهر وجه لكون التنزيل منزلة المستأجرة في مجرّد أنّها تخرج عن عقد الزّوج بانقضاء المدّة و في رواية عبيد بن زرارة عن أبيه عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « ذكرت له المتعة أهي من الأربع فقال : تزوّج منه ألفاً فإنّهنّ مستأجرات » .

و في رواية محمّد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام « في المتعة ليست من الأربع لأنّها لا تطلّق ولا ترث و إنّما هي مستأجرة » .

و في تفسير العيّاشي عن عبد السلام عن أبي عبد الله عليه السلام « قال : قلت له : ما تقول في المتعة ؟ قال : قول الله : « فما استمتعتم به منهنّ فآتوهنّ أُجورهنّ فريضة إلى أجل مسمّى ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة ، قال : قلت : جعلت فداك

---

(١) الكافى ج ٥ ص ٤٥٥ .

(٢) كما يأتى فى خبر عبيد بن زرارة عن أبيه عنه عليه السلام فى الكافى ج ٥ ص ٤٥٢ .

(٣) كما يأتى فى خبر محمد بن مسلم عنه عليه السلام فى الكافى ج ٥ ص ٤٥١ .

أهي من الأربع، قال : ليست من الأربع، إنّما هي إجارة ـ الحديث »(١) .

فإن قلنا بأنّ الإجارة كالبيع يلزم خروج الأجرة فيهامن ملك من يملك المنفعة كما يلزم في البيع خروج الثمن من ملك من يملك المثمن كما هو المشهور، فمقتضى التنزيل في المقام أن يكون المهر الّذي يكون بمنزلة الأجر والأجرة، و يؤيّد هذا ما دلّ على أنّ الزّوج له أن ينقص من المهر مع عدم وفاء المرأة .

و أمّا كفاية المشاهدة و ما تراضيا به فيدلّ عليها ما رواه الكليني عن الكناني عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « سألته عن المهر ما هو ؟ قال: ماتراضى عليه النّاس» (٢) .

و عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال : «الصداق كلّ شيء تراضى الناس عليه قلّ أو كثر في متعه أو تزويج غير متعة » (٣) .

و عن فضيل بن يسار عن أبي جعفر عليه السلام قال : «الصداق ما تراضيا عليه من قليل أو كثير فهذا الصداق »(٤) .

و عن أبي بصير قال : « سألت أباعبدالله عن أدنى مهر المتعة قال : كف من طعام أو دقيق أو سويق أو تمر»(٥) .

و أمّا استحقاق المرأة النصف مع عدم الدّخول وهبة المدّة فيدلّ عليه ما رواه الشيخ ـ قدّس سرّه ـ في الموثّق عن سماعة قال : « سألته عن رجل تزوّج جارية أو تمتّع بها ثمّ جعلته في حلٍّ من صداقها أيجوز أن يدخل بها قبل أن يعطيها شيئاً قال : نعم إذا جعلته في حلٍّ فقد قبضته منه و إن خلاّها قبل أن يدخل بها ردّت المرأة على الرّجل نصف الصداق »(٦) فانّه لو لا أنّ الحكم تنصيف المهر في هذه الصورة لكان الواجب أن لا تردّ إليه شيئاً أو تردّ الجميع كما لايخفى ، و ضعف الرواية وإضمارها

---

(١) التفسير ج ١ ص ٢٣٤ .

(٢) و (٣) و (٤) الكافي ج ٥ ص ٣٧٨ .

(٥) الكافي ج ٥ ص ٤٥٧ .

(٦) التهذيب ج ٢ ص ٢٢٠ .

لا يضرّ أن للانجبار بعمل الأصحاب ، و الظاهر كما استظهره جملة من الأصحاب أنّ هذه الهبة في معنى الإبراء فلايتوقّف على القبول .

و أمّا استحقاقها مع الدّخول تمام المهر فالظاهر أنّه لا خلاف فيه لاقتضاءالعقد وجوب المهر بتمامه و استقراره بالدّخول ، خرج عن هذه القاعدة ما لو لم تف المرأة بالدّليل .

وأمّا مقاصّتها مع الإخلال بشيء من المدّة فيدلّ عليهامارواه في الكافي والتهذيب في الصحيح إلى عمر بن حنظلة عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « قلت : أتزوّج المرأة شهراً فأحبس عنها شيئاً ؟ قال : نعم خذ منها بقدر ما تخلفك إن كانت نصف شهر فالنصف ، و إن كان ثلثاً فالثلث »[1] .

و عن إسحاق بن عمّار في الموثّق قال : « قلت لأبي الحسن عليه السلام : الرّجل تزوّج المرأة متعة تشترط له أن تأتيه كلّ يوم حتّى توفيه شرطه أو تشترط أيّاماً معلومة تأتيه فيها فتغدر به فلاتأتيه على ماشرطه عليها فهل يصلح أن يحاسبها على مالم تأته من الأيّام فيحبس عنها من مهرها بحساب ذلك ؟ قال : نعم ينظر ما قطعت من الشرط فيحبس عنها من مهرها بمقدار ما لم تف له ماخلا أيّام الطمث فإنّها لها فلا يكون له إلّا ما اُحلّ له من فرجها »[2] .

و أمّا لو بان فساد العقد فمع عدم الدّخول لا إشكال في عدم استحقاقها شيئاً لعدم سبب الاستحقاق ، ومع الدّخول فمع كون المرأة عالمة تكون زانية ، و مقتضى القاعدة المسلّمة بين الفقهاء عدم استحقاقها شيئاً لأنّه لامهر لبغيّ ، و مع الجهل يحكمون باستحقاقها من جهة استحلال الفرج .

و يدلّ على ما ذكر ما رواه في الكافي عن عليّ بن أحمد بن أشيم قال : « كتب إليه الرّيّان بن شبيب (يعني أباالحسن عليه السلام) الرّجل يتزوّج المرأة متعة بمهر إلى أجل

---

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٦١ ، و التهذيب ج ٢ ص ١٨٩ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٦١ .

معلوم و أعطاها بعض مهرها و أخرته بالباقي ، ثم دخل بها و علم بعد دخوله بها قبل أن يوفيها باقي مهرها أنها زوجته نفسها و لها زوج مقيم معها ، أيجوز له حبس باقي مهرها أم لايجوز ؟ فكتب لايعطيها شيئاً لأنها عصت الله تعالى » [١] .

و روى في التهذيب في الحسن عن حفص بن البختري عن أبي عبدالله عليه السلام قال : إذا بقي عليه شيء و علم أن لها زوجاً فما أخذته فلها بما استحل من فرجها و يحبس عنها ما بقي عنده » [٢] .

و لا يخفى الاشكال فيه من جهة أنه مع جهلها و معذوريتها تستحق المهر من جهة استحلال الفرج المسمى أو مهر المثل لا خصوص ما أخذت و مع عدم معذوريتها تكون بغياً و لامهر لها .

ثم إن الجهل الذي يستحق المرأة معه المهر من جهة استحلال فرجها لابد أن يكون جهلاً تكون معه معذورة ، أما الجهل الذي لاتكون معه معذورة فمقتضى القاعدة عدم استحقاق المهر حيث إن الحكم بعدم الاستحقاق علل بعصيانها و المرأة ليست معذورة بل تكون عاصية به و المهر الذي تستحقه هل هو المسمى في العقد الفاسد أو مهر أمثالها ، و على الثاني هل هو مهر أمثالها في النكاح الدائم أو النكاح المنقطع ؟ قد يستظهر المسمى من جهة لام العهد في أخبار تزويج في عدتها جاهلاً .

فمنها قوله عليه السلام على المحكي : « و إن كان دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها » بعد تعميم الحكم من جهة العلة المنصوصة و يبعد من جهة أن المناسب للعلة أصل المهر لا المهر المسمى في العقد الفاسد والقدر المتيقن في مهر المثل مهر المثل في النكاح المنقطع .

﴿ الرابع الأجل و هو شرط في العقد و يتقدر بتراضيهما كاليوم و السنة و الشهر ، و لابد من تعيينه ولا يصح ذكر المرة و المرات مجردة عن زمان مقدر وفيه رواية بالجواز فيها ضعف ﴾ .

---

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٦٢ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ١٨٩ و الكافي ج ٥ ص ٤٦١ .

أمّا اشتراط الأجل فيدلّ عليه صحيح زرارة المذكورة في اعتبار المهر و ما رواه في التهذيب عن إسماعيل بن الفضل الهاشمي في الصحيح قال : «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن المتعة ، فقال : مهر معلوم إلى أجل معلوم »(١) .

أمّا التحديد بالمرّة والمرّتين مجرّدة عن زمان مقدّر فيدلّ عليه ما رواه الشيخ في الموثّق عن زرارة قال : قلت له : هل يجوز أن يتمتّع من المرأة ساعة أو ساعتين فقال : الساعة و الساعتان لا يوقف على حدّهما ، و لكنّ العرد و العردين و اليوم و اليومين و اللّيلة و أشباه ذلك ، و قد فسّر العرد بالمرّة ، و ما رواه الكافي عن خلف بن حمّاد قال : « أرسلت إلى أبي الحسن عليه السلام كم أدنى أجل المتعة ؟ هل يجوز أن يتمتّع الرّجل بشرط مرّة واحدة ؟ قال : نعم »(٢) .

و ما رواه أيضاً عن القاسم بن محمّد عن رجل سمّاه قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرّجل يتزوّج المرأة على عرد واحد ؟ قال : لا بأس ولكن إذا فرغ فليحوّل وجهه و لا ينظر »(٣) .

و لا يخفى مع دلالة الموثّق على كفاية ما ذكر يقوى الكفاية لكن الظاهر أنّ المشهور لم يعملوا به .

﴿ و أمّا الأحكام فمسائل : الأولى الإخلال بذكر المهر مع ذكر الأجل يبطل العقد ، و ذكر المهر من دون الأجل يقلبه دائماً . الثانية لاحكم للشروط قبل العقد و يلزم لو ذكرت فيه الثالثة يجوز اشتراط إتيانها ليلاً أو نهاراً و ألّا يطأها في الفرج و لو رضيت به بعد العقد جاز و العزل من دون إذنها ، ويلحق الولد وإن عزل لكن لو نفاه لم يحتج إلى اللّعان ﴾ .

بعد ما كان ذكر المهر ركناً في المتعة فمع الاخلال به مع ذكر الأجل يبطل العقد لأنّه مع ذكر الأجل لا يصلح للدّوام و مع عدم ذكر المهر لايصلح للانقطاع ، و

(١) المصدر ج ٢ ص ١٨٩ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٦٠ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ١٩٠ و الكافي ج ٥ ص ٤٦٠ .

مع ذكر المهر بدون ذكر الأجل فهل يبطل العقد مطلقاً أو ينقلب دائماً كذلك أو يفصل بين ما إذا كان مقصوداً له فيبطل وما لم يكن مقصوداً أيضاً فينقلب أو يفصل بين ما إذا كان بلفظ « متّعت » فيبطل و ما إذا كان بغير لفظه فينقلب وجوه بل أقوال : قد يقال أقويها بحسب القاعدة الرّابع و بحسب الأدلّة الخاصّة الثاني .

أمّا وجه أقوائيّة الرّابع فلأنّه إذا كان بلفظ « متّعت » فحيث إنّ لفظه يكون بحسب اصطلاح المتشرّعة متضمّناً لزمان ما لكونه موضوعاً عندهم تعييناً أو تعيّناً بخصوص النكاح المنقطع فلا يمكن أن ينقلب إلى الدّائم لا لأجل أن تضمّنه لزمان ما مناف لقصد الدّوام كي يمنع عن اعتبار قصده في صحّة الدّائم بل لأجل أنّ عدم لحاظ الزّمان رأساً له دخل في أصل قوام ذات الدّائم، ولا يمكن أن ينعقد متعة لعدم تعيين الأجل ، و هذا بخلاف ما إذا كان بغير لفظ « متّعت » فإنّه ينعقد دائماً على ما هو الحقّ من كون التقابل بين المطلق والمقيّد هو تقابل العدم والملكة وأنّ الإطلاق عبارة عن عدم التقييد في محلّ قابل له ثبوتاً و إثباتاً فإنّ من مقدّمات الحكمة الّتي ينعقد بها الإطلاق هو عدم ذكر القيد مع كون المتكلّم في مقام بيان المراد لأنّ مع ذكره له مع كونه في هذا المقام يكشف عن عدم دخل خصوصيّة في موضوع حكمه أو متعلّقه وإلّا لأخلّ بغرضه .

و أمّا كون الثاني (أعني الانقلاب دائماً مطلقاً) أقوى بحسب الأدلّة الخاصّة فللتصريح به في النصوص ففي خبر أبان بن تغلب قال : « قلت لأبي عبد الله عليه السلام كيف أقول لها إذا خلوت بها ؟ قال عليه السلام : تقول : أتزوّجك متعة على كتاب الله وسنّة نبيّه صلى الله عليه وآله لا وارثة ولا موروثة كذا و كذا يوماً - إلى أن قال - : قلت له فإنّي أستحيي أن أذكر شرط الأيّام ؟ قال عليه السلام : هو أضرّ عليك ، قلت : وكيف ؟ قال عليه السلام : إنّك إذا لم تشترط كان تزويج مقام و لزمتك النفقة في العدّة و كانت وارثة لم تقدر على أن تطلّقها إلّا طلاق السنّة » [1] .

---

(۱) الكافي ج ۵ ص ۴۶۰ .

و في خبر هشام بن سالم قال : « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : أتزوّج المرأة متعة مرّة مبهمة فقال عليه السلام: ذاك أشدّ عليك ، ترثها وترثك ، ولا يجوز لك أن تطلّقها إلّا على طهر و شاهدين ، قلت : و أصلحك الله فكيف أتزوّجها ؟ قال عليه السلام أيّاماً معدودة بشيء مسمّى ـ الخبر »[1].

و في رواية ابن أبي عمير ، عن ابن بكير في الموثّق قال : « قال أبو عبدالله عليه السلام في حديث : إن سمّي الأجل فهو متعة و إن لم يسمّ الأجل فهو نكاح باتّ »[2].

ويمكن أن يقال : أمّا ما ذكر من أنّه إذا كان بلفظ « متّعت الخ » . فلفظ المتعة ظاهرٌ فيما ذكر لكن لا نسلّم هذا الظهور في لفظ « متّعت » ألاترى الفرق بين لفظ باع فلان في مقام الإخبار وبين لفظ بعت في مقام الإنشاء فإنّ الأوّل ظاهر في البيع الملحوق بالقبول مع اجتماع شرائط الصحّة بخلاف الثاني فإنّه إنشاء من قبل البايع يحتاج إلى القبول ، و تحقّق الشرائط ، و قد ذكر المصنّف ـ قدّس سرّه ـ في صيغ النكاح الدّائم « متّعتك » .

و أمّا ما ذكر من أنّه إذا كان بغير لفظ « متّعت الخ » فيشكل من جهة أنّ لازم ما ذكر عدم الحاجة في الإطلاق إلى كون المتكلّم في مقام البيان حيث إنّه مع عدم ذكر القيد يكون المذكور مطلقاً قهراً وليس كذلك فإنّ مادّة أنكحت أو زوّجت موضوعة للمعنى القابل للإطلاق والتقييد فمع التقييد لا إشكال و مع عدم التقييد إن كان المتكلّم في مقام البيان يحمل على الإطلاق وإلّا فلا، فمع عدم قصد الدّوام كيف ينقلب بالدّوام من جهة عدم ذكر القيد .

و أمّا الأخبار المذكورة فالموثّقة لا ظهور لها في الانقلاب كما لا يخفى والخبران فمع اعتماد الفقهاء القائلين بالانقلاب عليهما لا إشكال و مع الشكّ يشكل الأخذ بمضمونهما ، و أمّا ما ذكر من أنّه لا حكم للشروط قبل العقد و يلزم ماذكر فيه فبعد الفراغ عن صحّة الاشتراط في العقد بما لا يخالف الكتاب والسنّة يقع الكلام في أنّه

---

(١) التهذيب ج ٢ ص ١٨٠ و الكافي ج ٥ ص ٤٦٠ .

لا بدّ من كونه في أثناء العقد أو يصحّ و إن كان قبل العقد والمحكيّ عن الشيخ في النهاية أنّ كلّ شرط يشترط الرّجل على المرأة إنّما يكون له تأثير بعد ذكر العقد فإن ذكر الشروط وذكر بعدها العقد كان الشروط الّتى قدّم ذكرها باطلة لا تأثير لها ، فإن كرّرها بعد العقد ثبت على ما ثبت .

و أنكر ابن إدريس [1] و خصّ اللّزوم بمااشتمل عليه العقد . والظاهر أنّ عليه كافّة المتأخرين .

والأخبار الّتي ذكرت في المقام منها ما رواه في الكافي والتهذيب عن محمّد بن مسلم في الموثّق قال : « سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول : في الرّجل يتزوّج المرأة متعة أنّهما يتوارثان ما لم يشترطا و إنّما الشرط بعدالنكاح » [2] .

و عن ابن بكير في الموثّق أو الحسن قال : « قال أبو عبدالله عليه السلام : ما كان من شرط قبل النكاح هدمه النكاح و ما كان بعد النكاح فهو جائز ـ الحديث [3] » .

و ما رواه في الكافي عن محمّد بن مسلم قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قول الله عزّ وجلّ « ولاجناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة » قال : ما كان بعدالنكاح فهو جائز و ما كان قبل النكاح فلا يجوز إلّا برضاها و بشيء يعطيها فترضى به » [4] .

و عن ابن بكير في الموثّق قال : « قال أبوعبد الله عليه السلام : إذا اشترطت على المرأة شروط المتعة فرضيت به و أوجبت التزويج فاردد عليها شرطك الأوّل بعد النكاح فإن أجازته فقد جاز و إن لم تجزه فلا يجوز عليها ما كان من الشرط قبل النكاح [5] » .

و قال الرّضا عليه السلام في المحكيّ في كتاب الفقه الرّضوي بعد أن ذكر أن وجوه النكاح الّذي أمر الله جلّ وعزّ بها أربعة أوجه ـ إلى أن قال : والوجه الثاني نكاح بغير شهود ولا ميراث و هو نكاح المتعة بشروطها و هي أن تسئل المرأة فارغة هي أم

---

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٥٥ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ١٩١ . والاستبصار ج ٣ ص ١٥١ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٥٦ والتهذيب ج ٢ ص١٨٩ .

مشغولة بزوج أو بعدّة أو بحمل ، و إذا كانت خالية من ذلك قال لها : تمتّعي نفسك على كتاب الله وسنّة رسول الله صلّى الله عليه وآله نكاح غير سفاح بكذا و كذا - وبيّن المهر والأجل - على أن لا ترثني ولا أرثك ، و على أنّ الماء أضعه حيث أشاء ، و على أنّ الأجل إذا انقضى كان عليك عدّة خمسة و أربعين يوماً ، و إذا انعمت قلت لها : قد متّعتني نفسك و تعيد جميع الشروط عليها لأنّ القول الأوّل خطبة و كلّ شرط قبل النكاح فاسد و إنّما ينعقد الأمر بالقول الثاني فإذا قالت في الثاني نعم ادفع إليها المهر أو ما حضر منه و كان ما بقي ديناً عليك و قد حلّ لك وطيها انتهى » .

و يمكن أن يقال : إن كان نظر القائلين بعدم صحّة ما كان من الشروط قبل العقد ما يلتزم الزّوج أو الزّوجة قبل العقد بدون أن يكون مربوطاً بالعقد الواقع فلا إشكال لأنّ الالزام والالتزام بدون أن يكونا في ضمن العقد إمّا لا يصدق عليهما الشرط كما ذكر في كتاب المكاسب و على تقدير الصدق ادّعي الإجماع على عدم لزوم الوفاء به خلافاً لبعض الأكابر ، و على تقدير القول بوجوب الوفاء في سائر الموارد لا مجال للقول به في المقام للأخبار المذكورة .

و إن كان نظر القائلين بعدم الصحّة إلى لزوم ذكر الشرط في ضمن العقد وعدم الصحّة مع كون بناء العقد عليه و كون الشرط بمنزلة الجزء المحذوف كحذف المبتداء في جواب « كيف زيد » ، فالقول بعدم الصحّة مشكل لعموم « المؤمنون عند شروطهم » ولم يظهر شمول الأخبار المذكورة لهذه الصورة ، والقيود المذكورة في الفقه المنسوب إلى الرّضا عليه السلام غير لازمة على فرض صحّة النسبة إليه عليه السلام للأخبار الأخر الغير المتعرّضة لهذه الأمور .

و أمّا جواز اشتراط ما ذكر في المتن فيدلّ عليه عموم « المؤمنون عند شروطهم » و قد سأل عمّار بن مروان الصادق عليه السلام « عن امرأة تزوّجت نفسها من رجل على أن

---

(١) السرائر ص ٤٨٣ .

(٢و٣و٤) الكافي ج ٥ ص ٤٤٦ . والتهذيب ج ٢ ص ١٨٩ .

(٥) الكافي ج ٥ ص ٤٥٧ . والتهذيب ج ٢ ص ١٩٠ .

يلتمس منها ما شاء إلّا الدّخول فقال : لابأس ليس له إلّا ما اشترط »[١] .

و في خبر إسحاق بن عمّار قال للصادق عليه السلام : « رجل تزوّج بجارية على أن لا يفتضّها ، ثمّ أذنت له بعد ذلك فقال : إذا أذنت له فلا بأس »[٢] .

والظاهر اتّفاق الفقهاء على جواز العزل و لو مع عدم إذن المرأة و يدلّ عليه قوله عليه السلام على المحكيّ في مرسلة ابن أبي عمير « الماء ماءُ الرّجل يضعه حيث يشاء إلّا أنّه إذا جاء ولد لم ينكره ، و شدّد في إنكار الولد »[٣] .

و روايه محمّد بن مسلم قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن العزل ، فقال : ذاك إلى الرّجل يصرفه حيث شاء »[٤] .

و رواية عبد الرّحمن بن أبي عبدالله قال : «سألت أباعبدالله عليه السلام عن العزل فقال : ذاك إلى الرّجل[*]» إلى غير ذلك من الأخبار فما دلّ على النهي محمولٌ على الكراهة جمعاً مع هذه الأخبار .

و أمّا لحوق الولد حتّى مع العزل فالظاهر عدم الخلاف فيه و ذلك لاحتمال سبق المني من غير تنبّه و شعور أو جذب رحمها إيّاه مع صبّه على فم الفرج و يدلّ عليه مرسلة ابن أبي عمير المذكورة حيث إنّه يظهر منها أنّه ليس له الإنكار مع أنّ الإنكار كثيراً يكون من جهة العزل ، ولايخفى أنّه لابدّ أن يكون مع العزل احتمال قابل للتوجّه عند العقلاء و إلّا فمع عدم احتمال كون الولد من مائه كيف يحكم بكون الولد له ، والمشهور أنّه مع هذا لونفى الولد عن نفسه و احتمل صدقه انتفى عنه ظاهراً

(*) الرقم فى الكراسة السابقة مكرر ولكن المطلب متصل .

(١) الكافى ج ٥ ص ٤٦٧ والتهذيب ج ٢ ص ١٩١ بنحو أبسط .

(٢) الفقيه باب المتعة تحت رقم ٣٠ .

(٣) الكافى ج ٥ ص ٤٦٤ والتهذيب ج ٢ ص ١٩١ .

(٤) الكافى ج ٥ ص ٥٠٤ .

(٥) الكافى ج ٥ ص ٥٠٤ .

و إن كان لم يعزل فضلاً عمّا إذا عزل ولا يفتقر انتفاؤه عنه إلى اللّعان و ادّعي الاجماع عليه مضافاً إلى النصوص كقول الصادق عليه السلام في صحيح ابن سنان : « لا يلاعن الحرّ الأمة ولا الذمّيّة ولا الّتي يتمتّع بها »(١) .

وفي صحيح ابن أبي يعفور « لا يلاعن الرّجل المرأة الّتي يتمتّع بها» (٢) .

ولا يخفى عدم دلالة النصوص الدّالّة على عدم اللّعان على انتفاء الولد بالنفي ، و قد يقال في رفع ما ذكر : إنّ اللاّزم من عدم انتفاء الولد بنفيه في المتمتّع بها هو كونها أتمّ وأعلى فراشاً من الدّائمة الّتي ينتفي الولد عنه بنفيه مع اللّعان مع معلوميّة كونها أنقص و أدون فراشاً منها كما يؤمي إليه عطف المتمتّع بها بالأمة والذّمّية في صحيح ابن سنان الكاشف عن كونها في عرضهما فلا بدّ أن يكون المراد من عدم لعانها في النصوص هو عدم احتياج انتفاء الولد بنفيه إلى لعانها و إنّ هذه النصوص ناظرة إلى الأدلّة الدّالة على احتياج انتفاء الولد عنه بنفيه في الدّائمة إلى اللّعان فتكون دالّة على أنّ اللّعان الّذي كان محتاجاً إليه في انتفاء الولد في الدّائمة ليس محتاجاً إليه في انتفائه في المنقطعة ، وانّ الظاهر من نفي اللّعان كنفي الضرر هو نفي آثاره و أحكامه الّتي منها اشتراطه في انتفاء الولد بنفيه كما أنّ منها اشتراطه في دفع الحدّ عن القاذف لامرأته .

و يمكن أن يقال : ما ذكر أوّلاً من لزوم كون المتمتّع بها أتمّ من الدّائمة الّتي ينتفي الولد مع لعانها تقريب لا مجال له في مقام الاستدلال في الأمور الشرعيّة كما أنّه يشكل الاستدلال بما دلّ على نفي اللّعان دفع الحدّ عن القاذف فإنّ اللّعان يدفع الحدّ و مع عدمه مقتضى العمومات ثبوت الحدّ على الزّوج القاذف . وأمّا انتفاء الولد بنفيه بدون اللّعان فإن تمّ الاجماع فلا كلام وإلاّ فاستفادته ممّا ذكر مشكلٌ وقد قيّد الحكم بانتفاء الولد بنفيه بدون اللّعان بما إذا لم يعلم انه فيه بصدور النفى منه مع احتمال

---

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٩٩ .

(٢) الكافى ج ٦ ص ١٦٦ .

كون الولد منه ، و إلّا لم يقيّد بنفيه ويكون نفيه لغواً لا أنّه آثم بالنفي و بنفيه ينتفي انتساب الولد إليه .

﴿ الرّابعة لا يقع بالمتعة طلاق إجماعاً ولا لعان على الأظهر ويقع الظهار على تردّد . الخامسة لا يثبت بالمتعة ميراث بين الزّوجين ، وقال المرتضى يثبت ما لم يشترط السقوط ، نعم لو شرط الميراث لزم . السادسة إذا انقضى أجلها فالعدّة حيضتان على الأشهر و إن كانت ممّن تحيض ولا تحيض فخمسة و أربعون يوماً ، ولو مات عنها ففي العدّة روايتان أشبههما أربعة أشهر و عشرة أيّام . السابعة لا يصحّ تجديد العقد قبل انقضاء الأجل ولو أراده و هبها ما بقي من المدّة و استأنف ﴾ .

أمّا عدم وقوع الطلاق بالمتعة فلاخلاف فيه نصّاً و فتوى ، و يدلّ عليه ما رواه الكلينيّ بإسناده عن محمّد بن مسلم ، عن أبي جعفر عليه السلام « في المتعة ليست من الأربع لأنّها لا تطلّق ولا ترث و إنّما هي مستأجرة »(١) .

و أمّا عدم اللّعان فيدلّ عليه صحيح ابن سنان وصحيح ابن أبي يعفور المتقدّمان و هل يقع الظهار و يرتّب عليه أحكامه من تحريم الوطي قبل الكفّارة و لزوم كفّارتين لو وطئها قبلها و من إلزام المظاهر بعد انقضاء ثلاثة أشهر من حين رفع المظاهرة أمرها إلى الحاكم على اختيار أحد الأمرين من الرّجوع قد يقع التردّد فيه ، وجهه إطلاق النساء في قوله تعالى « والّذين يظاهرون من نسائهم ثمّ يعودون لما قالوا فتحرير رقبة مؤمنة » مع أنّ من الأحكام الزام المظاهر بالرّجوع بالوطي أو الطلاق وليس للمتمتّع بها حقّ في الوطي ولايقع بها طلاق ، هذا مضافاً إلى مرسل ابن فضّال عن الصادق عليه السلام « لا يكون الظهار إلّا على مثل موضع الطلاق »(٢) فتدبّر .

ويمكن أن يقال : ماذكر من أن المتمتّع بها ليس لها حقّ في الوطي قابل للمنع فإنّ مادلّ على وجوب الوطي بعد مضيّ أربعة أشهر بإطلاقه يشمل المتمتّع بها .

---

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٥١ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٥٤ .

و أمّا مرسل ابن فضّال لعلّه يؤيّد ثبوت الظهار حيث إنّه مع انحصار الظهار بالنكاح الدّائم لايقال « مثل موضع الطلاق » بل يقال « موضع الطلاق » ولعلّ التعبير لإخراج الجارية المملوكة . و ثانياً نقول : لا مانع من الأخذ بإطلاق الآية الشريفة و شمول الظهار لها واختصاص بعض أحكام الظهار بالدّائمة .

وأمّا ثبوت الميراث بالمتعة فقيه أقوال : الأوّل أنّها كالدّائم فيثبت به الميراث بينهما مطلقاً شرطا سقوطه في العقد أم لا . الثاني أنّه لايثبت به الميراث بينهما مطلقاً شرطاسقوطه أم لا ، الثالث أنّه يثبت الميراث إلّافيما شرطا سقوطه . الرّابع أنّه لايثبت إلّا فيما شرطا ثبوته .

واستدلّ للقول الأوّل بأنّ المتمتّع بها تصدق عليها الزّوجة فترث كغيرها،ولا يصحّ اشتراط السقوط كغيرها من الورثة .

و فيه أنّ المراد من الزّوجة في آية الإرث غيرها بقرينة النصوص كخبر أبان ابن تغلب عن أبي‌عبدالله عليه‌السلام حيث إنّه بعدأن قال أبان « إنّي أستحي أن أذكرشرط الأيّام » قال عليه‌السلام على المحكيّ : «هوأضرّ عليك‌لأنّك إن لم تشترط كان تزويج‌مقام ولزمتك النفقة في العدّة و كانت وارثة »[١] .

و خبر عبدالله بن عمرو قال : « سألت أبا عبد الله عليه‌السلام عن المتعة فقال : حلال لك من‌الله ورسوله صلى‌الله‌عليه‌وآله ، قلت : فماحدّهاقال:من‌حدودها أن لا ترثها ولاترثك»[٢] .

و صحيح عمر بن حنظلة قال « سألت أبا عبد الله عليه‌السلام عن شروط المتعة ، فقال عليه‌السلام : يشارطها على ما شاء من العطيّة و يشترط الولد إن أراد و ليس بينهما ميراث »[٣] .

واستدلّ للقول الثاني بأنّ آية الإرث قددلّت بضميمة النصوص المزبورة وغيرها

---

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٥٥ .

(٢) الاستبصار ج ٣ ص ١٥٠ والتهذيب ج ٢ ص ١٩٠ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ١٩١ والاستبصار ج ٣ ص ١٥٣ .

على اختصاص التوارث بالدّائمة فشرط الميراث للمنقطعة مخالف للكتاب والسنّة ، فلا يكون نافذاً .

و اُجيب بأنّ ما دلّ على عدم نفوذ الشرط المخالف ليس من العمومات الغير القابلة للتخصيص ضرورة أنّ المراد من كون الشرط مخالفاً للكتاب والسّنة ليس مخالفة للمراد الواقعي منهما لكيلا يكون قابلاً للتخصيص بل المراد مخالفة لظاهرهما من عمومهما وإطلاقهما و حينئذٍ فاذا قام دليل خاصّ على نفوذ اشتراط الميراث للمنقطعة نأخذ به و نخصّص به عموم ما دلّ على عدم نفوذ الشرط المخالف للكتاب والسّنة بل على ما حقّقناه في محلّه من أنّ الخطابات الشرعيّة المتعلّقة بالعناوين الكلّيّة إنّما تكون متعلّقة بها باعتبار مصاديقها الواقعيّة لا ما يراه العرف مصداقاً لها وإنّما ألقى الشارع تلك الخطابات إليهم من دون نصب قرينة تدلّهم على موارد خطابهم من أجل كون نظرهم طريقاً نوعيّاً إلى تشخيص تلك المصاديق يكون خروج نفوذ اشتراط الميراث للمنقطعة عن عموم ما دلّ على عدم نفوذ الشرط المخالف من باب التخصّص ضرورة كشف ما دلّ على نفوذ اشتراطه لها من الأدلّة الخاصّة عن عدم تحقّق الموضوع وهو المخالفة حقيقة و إن كان متحقّقاً بنظر العرف .

و يمكن أن يقال : أمّا ماذكر « من أنّ المراد من كون الشرط مخالفاً ـ إلخ » . فلم يظهر وجهه إلاّ أن يقال : إنّ الكتاب والسنّة ليسا إلاّ الحاكيين عن الواقع لكن يظهر من بعض الأخبار خلافه كالمرويّ موثّقاً عن أمير المؤمنين عليه الصلاة والسلام « من شرط لامرأته شرطاً فليف بها فانّ المسلمين عند شروطهم إلاّ شرطاً حرّم حلالاً أو أحلّ حراماً »[1] والمروي في طريق العامّة قوله ﷺ في حكاية بريرة لمّا اشتراها عائشة وشرط مواليها عليها ولائها : «ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله ؟ ! فما كان من شرط ليس في كتاب الله عزّ وجلّ فهو باطل.. قضاء الله أحقّ وشرط الله أوثق وإنّما الولاء لمن أعتق»[2] ألا ترى ما ورد في باب تعارض الخبرين من طرح الخبر المخالف بنحو

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٢٤ .

(٢) أخرجه بتمامه النسائي في السنن ج ٧ ص ٢٦٩ .

لا يقبل التخصيص ، والظاهر أنّ ما ذكر من «أنّ الخطابات الشرعيّة ـ إلخ » لا يجتمع مع ما ذكر أوّلا . ثمّ نقول تارة بكون عدم التوارث في النكاح المنقطع من جهة عدم الاقتضاء فلا مانع من الاشتراط ، و اُخرى من جهة اقتضاء العدم فمثله كيف يصحّ اشتراطه حسب القاعدة ؟ وإن دلّ دليلٌ على صحّة الشرط يقع التعارض، فالأخبار الواردة في المقام منها خبر عبد الله بن عمرو و صحيح عمر بن حنظلة المذكورتين ، و منها ما رواه في الكافي والتهذيب في الموثّق عن أبي بصير قال : «لابدّ فيه أن يقول فيه هذه الشروط : أتزوّجك متعة كذا و كذا يوماً ، بكذا و كذا درهماً ، نكاحاً غير سفاح على كتاب الله و سنّة نبيّه ، وعلى أن لا ترثني ولا أرثك ، و على أن تعتدي خمسة و أربعين يوماً ، و قال بعضهم حيضة » [1] .

و منها ما عن أبان بن تغلب قال : « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : كيف أقول لها إذا خلوت بها ؟ قال : تقول : أتزوّجك متعة على كتاب الله و سنّة نبيّه صلى الله عليه وآله لا وارثة ولا موروثة ـ الحديث » [2] .

و في الأوّل جعل من حدودها أن لا ترثها ولا ترثك ، و في الثاني بعد ما سئل من الشروط قال عليه السلام على المحكيّ « يشارطها على ما شاء » و في آخره « وليس بينهما ميراث » ربما يظهر منه أنّ شرط الميراث ليس من الشروط الصحيحة فمع عدم الإشكال في سند الأوّل و تماميّة الاستظهار في الثاني و الاستظهار من خبر أبي بصير وخبر أبان المذكورين يقع التعارض بينهما و بين ما دلّ على جواز الاشراط كما رواه في الكافي عن أحمد بن محمّد بن أبي نصر في الصحيح أو الحسن عن أبي الحسن الرّضا عليه السلام قال : « تزويج المتعة نكاح بميراث و نكاح بغير ميراث ، فإن اشترطت كان ، و إن لم تشترط لم يكن » [3] .

و ما رواه الشيخ ـ قدّس سرّه ـ في الصحيح عن محمّد بن مسلم قال : « سألت

---

(١) الكافي ج ٦ ص ٤٥٥ ، والتهذيب ج ٢ ص ١٨٩ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٥٥ ، والتهذيب ج ٢ ص ١٩٠ .

(٣) « « ص ٤٦٥ .

أباعبد الله عليه السلام كم المهر يعني في المتعة ؟ فقال : ما تراضيا عليه - إلى أن قال : - و إن اشترطا الميراث فهما على شرطهما »[١] .

و استدلّ للقول الثالث مضافاً إلى أنّه مقتضى الجمع بين عموم آية الإرث و بين مادلّ على لزوم الشرط من قوله صلى الله عليه وآله « المؤمنون عند شروطهم » و غيره بخصوص موثّق ابن مسلم « في الرّجل تزوّج المرأة متعة أنّهما يتوارثان إذا لم يشترطا »[٢] .

وأُجيب بأنّ الاستدلال بعموم آية الإرث قد عرفت ما فيه في الاستدلال على القول الأوّل و أمّا الاستدلال بالموثّق المذكور فلا مجال للأخذ بظاهره من ثبوت التوارث فيما إذا لم يشترطا التوارث فيدور الأمر بين حمله على ما إذا لم يشرطا عدم التوارث و بين حمله على ما إذا لم يشرطا الأجل ، فيدلّ على أنّه مع عدم اشتراط الأجل ينقلب دائماً فيتوارثان ولا مرجّح للحمل على الأوّل فيكون مجملاً .

و استدلّ للقول الرّابع بأخبار خاصّة كصحيح محمّد بن مسلم عن الصادق عليه السلام في حديث « و إن اشترطا الميراث فهما على شرطهما » .

و صحيح البزنطيّ ، عن أبي الحسن الرّضا عليه السلام قال : « تزويج المتعة نكاح بميراث و نكاح بغير ميراث ، فإن اشترطت الميراث كان و إن لم تشترط لم تكن »[٣]

و قد يقوي هذا القول و قد سبق الاشكال من جهة المعارضة مضافاً إلى المعارضة مع صحيح سعيد بن يسار عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سألته عن الرّجل يتزوّج المرأة متعة و لم يشترط الميراث ، قال عليه السلام : ليس بينهما ميراث اشترطا أو لم يشترطا»[٤] .

و حمل هذا الصحيح على أن ليس بينهما ميراث سواء اشترطا عدم الميراث أو لم يشترطا بقرينة قوله عليه السلام « ليس بينهما » بعيد لا يصار إليه فلا بدّ من الترجيح أو التخيير .

---

(١) التهذيب ج ٢ ص ١٩٠ والاستبصار ج ٣ ص ١٤٩ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٥٧ والتهذيب ج ٢ ص ١٩٠ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٦٥ .

(٤) التهذيب ج ٢ ص ١٩٠ و الاستبصار ج ٣ ص ١٥٠ .

و إذا انقضى مدّة المتمتّع بها بعد الدّخول أو وهبت فهل عدّتها حيضتان أو طهران أو حيضة و طهر أو حيضة واحدة فيه أقوال منشأها اختلاف الأخبار منها مارواه في الكافي في الصحيح أو الحسن ، عن إسماعيل بن الفضل قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن المتعة ، قال : الق عبد الملك بن جريح فسله عنها فإنّ عنده فيها علماً فلقيته فأملى عليّ شيئاً كثيراً في استحلالها فكان فيما روى ابن جريج قال : ليس فيها وقت ولا عدد إنّما هنّ بمنزلة الإماء يتزوّج منهنّ كم شاء و صاحب الأربع نسوة يتزوّج منهنّ ما شاء بغير وليّ ولا شهود فإذا انقضى الأجل بأنت منه بغير طلاق و يعطيها الشيء اليسير ، و عدّتها حيضتان و إن كانت لا تحيض فخمسة وأربعون يوماً. فأتيت بالكتاب أبا عبد الله عليه السلام فعرضته عليه فقال صدق و أقرّ به ، قال ابن اُذنية : و كان زرارة بن أعين يقول هذا و يحلف أنّه الحقّ إلّا أنّه كان يقول : إن كانت تحيض فحيضة ، وإن كانت لا تحيض فشهر و نصف » (١) .

و يدلّ على ذلك أيضاً ما رواه العيّاشيّ في تفسيره عن أبي بصير ، عن أبي جعفر عليه السلام في المتعة ـ إلى أن قال : ـ « ولا تحلّ لغيرك حتّى تنقضي عدّتها ، و عدّتها حيضتان » (٢) .

و منها ما رواه الحسين بن سعيد في كتابه على ما نقله في كتاب البحار عن النضر عن عاصم بن حميد ، عن أبي بصير قال : « سألت أبا جعفر عليه السلام عن المتعة ، فقال : نزلت في القرآن ـ إلى أن قال : ـ فلا تحلّ لغيرك حتّى تنقضي لها عدّتها و عدّتها حيضتان » .

و منها رواية محمّد بن الفضيل ، عن أبي الحسن الماضي عليه السلام قال : « طلاق الأمة تطليقتان وعدّتها حيضتان » .

و روى زرارة في الصحيح عن الباقر عليه السلام « إنّ على المتعة ما على الأمة » .

---

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٥١ .

(٢) التفسير ج ١ ص ٢٣٣ .

و منها ما رواه في الكافي في الصحيح أو الحسن عن ابن اُذينة ، عن زرارة ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « عدّة المتعة إن كانت تحيض فحيضة وإن كانت لا تحيض فشهر و نصف »[1] .

و منها ما في كتاب الاحتجاج عن محمّد بن عبد الله بن جعفر الحميري ، عن صاحب الزّمان عليه السلام أنّه كتب إليه « في رجل تزوّج امرأة بشيء معلوم إلى وقت معلوم فبقي له عليها وقت فجعلها في حلّ ممّا بقي له عليها ، و قد كانت طمثت قبل أن يجعلها في حلٍّ من أيّامها بثلاثة أيّام ، أيجوز أن يزوّجها رجلٌ آخر بشيء معلوم إلى وقت معلوم عند طهرها من هذه الحيضة ، أو يستقبل بها حيضة اُخرى ، فأجاب عليه السلام يستقبل بها حيضة غير تلك الحيضة لأنّ أقلّ العدّة حيضة و طهرة تامّة » و في بعض النسخ « و طهارة »[2] .

و قد يقال : إنّه يمكن الجمع بين الأخبار بملاحظة هذه الرّواية حيث إنّها دالّة على أنّ المعتبر في العدّة هو الحيضة والطهر التامّان ، أمّا دلالتها على اعتبار الطهر التمام فللتوصيف بقوله عليه السلام «تامّة» . و أمّا دلالتها على اعتبار الحيضة التامّة فمن جهة قوله يستقبل بها حيضة فإنّه لو كانت الحيضة الناقصة كافية في العدّة لم يكن وجه لقوله عليه السلام « يستقبل بها حيضة » بعد فرض الرّاوي وقوع هبة مدّتها في أثناء حيضتها كما لا يخفى ، ومن المعلوم أنّ الحيضة والطهر التامّين لا ينفكّان غالباً من الطهرين أو الحيضتين إذ وقوع الهبة لمدّتها أو انقضائها مقارنة للآن المتّصل بزمان حيضها أو للآن المتّصل بزمان طهرها في غاية الندرة بل انقضاء مدّتها أو هبتها يكون غالباً ، أمّا في أثناء حيضها أو أثناء طهرها فإن كان في أثناء حيضها فيقع الطهر التامّ من عدّتها بين الحيضتين إحداهما الحيضة الّتي وهبت مدّتها فيها والاُخرى الحيضة التامّة الّتي تكون من عدّتها و إن كان في أثناء طهرها فيقع الحيضة التامّة من عدّتها بين الطهرين أحدهما

(۱) المصدر ج ۵ ص ۴۵۸ .

(۲) الوسائل باب ۲۲ من أبواب المتعة تحت رقم ۶ .

الطهر الّذي و هبت مدّتها فيه والآخر الطهر التامّ الّذي يكون من عدّتها ، وحينئذ فيمكن حمل ما دلّ على اعتبار الطهرين أو اعتبار الحيضتين على ما هو الغالب من عدم انفكاك الحيضة التامّة عن الطهرين ، و عدم انفكاك الطهر من الحيضتين .

و يمكن أن يقال : ظاهر السؤال أنّ السائل كان كفاية الحيضة مفروغاً عنها عنده والترديد كان في كفاية الحيضة الناقصة و كان الإمام عليه الصلاة والسلام قرّره في معتقده و أجاب بلزوم استقبال حيضة اُخرى ، ومن التعليل يستفاد على هذا لزوم الحيضة أو الطهر ، و لولا هذا كان التعليل غير ظاهر ، نعم لولا هذه الجهة كان الكلام ظاهراً في لزوم المجموع ، و ثانياً لا مجال لهذا الجمع لأنّ الظاهر من هذا الخبر على التقريب المذكور كون العدّة محدودة بتحقّق حيضة تامّة وطهر تامّ ، والملازمة الغالبة بينهما والطهرين أو الحيضتين لا يجعل كلاًّ منهما حدّاً مضافاً إلى أنّه لا يجتمع مع التحديد بالحيضة الواحدة فالتعارض باق فلابدّ من الترجيح أو التخيير الاُصوليّ هذا في صورة كون المرأة ذات إقراء ، وأمّا إذا كانت لا تحيض و لم يكن يائسةً فخمس وأربعون كما في بعض الأخبار أو شهر و نصف كما في بعضها .

و أمّا عدّة الوفاة لو مات الزّوج في أثناء المدّة ولو مع عدم الدّخول فالمشهور أنّها أربعة أشهر و عشرة أيّام إن لم تكن حاملاً ، و ذهب جماعة إلى أنّها شهران و خمسة أيّام، واستدلّ المشهور بعموم قوله تعالى «والّذين يتوفّون منكم ويذرون أزواجاً - الآية» لصدق الزّوجة على المتمتّع بها . والنصوص الكثيرة منها صحيحة ابن حجّاج عن الصادق عليه السلام « سأله عن المرأة يتزوّجها الرّجل متعة ثمّ يتوفّى عنها هل عليها العدّة ؟ قال عليه السلام : تعتدّ أربعة أشهر وعشراً » [1] .

و منها صحيحة زرارة قال : « سألت أبا جعفر عليه السلام ما عدّة المتعة إذا مات عنها الّذي تمتّع بها ؟ قال عليه السلام : أربعة أشهر وعشراً ، قال : ثمّ قال : يا زرارة كلّ النكاح إذا مات الزّوج فعلى المرأة حرّة كانت أو أمة ، و على أيّ وجه كان النكاح منه متعة

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٩١ .

أو تزويجاً أو ملك يمين فالعدّة أربعة أشهر و عشراً ـ الحديث » [١] .

و استدلّ غيرهم بأنّ المتعة كالأمة في حياة الزّوج فلا بدّ أن يكون كذلك في موته و لمرسل الحلبيّ عن أبي عبد الله عليه السلام « سألته عن رجل تزوّج امرأة متعة ثمّ مات عنها ما عدّتها ؟ قال عليه السلام خمسة و ستّون يوماً » [٢] .

و أورد عليهم بأنّ الأوّل لا يخرج عن القياس إلّا أن يراد التمسّك بعموم المنزلة الّذي يجب الخروج عنه بماسمعت من الصحيحين ، والمرسل ضعيف بالإرسال ومن جهة السند من جهة أنّ في السند الطاطريّ الواقفيّ ، و يمكن حمله على ما إذا كانت أمة كما حمل خبر ابن يقطين عن أبي الحسن عليه السلام «عدّة المرأة إذا تمتّع بها فمات عنها خمسة وأربعون يوماً » [٣] على موت الزّوج في العدّة متّصلاً بانقضاء الأجل بأن يكون المراد من قوله «إذا تمتّع بها» هو استيفاء التمتّع بها في تمام المدّة لا إحداث التمتّع ، ولا يخفى الإشكال في هذا الحمل لأنّ العدّة على هذا ليس عدّة الوفاة فلا حاجة إلى قيد الموت فإذا كان القيد في كلام الإمام عليه السلام فلابدّ من مدخليّته في الحكم ، وبعبارة اُخرى إن كان الموت قبل انقضاء المدّة فحال المرأة حال الدّائمة ، و إن كان مقارناً لانقضاء العدّة فالعدّة ليست من جهة الموت بل من جهة انقضاء المدّة .

وأمّا عدم صحّة تجديد العقد قبل انقضاء الأجل فهو المشهور و يدلّ عليه خبر أبان بن تغلب « قلت لأبي عبدالله عليه السلام : جعلت فداك الرّجل يتزوّج المرأة متعة فيزوّجها على شهر ثمّ إنّها يقع في قلبه فيحبّ أن يكون شرطه أكثر من شهر فهل يجوز أن يزيدها في أجرها و يزداد في الأيّام قبل أن ينقضي أيّامه الّتي شرط عليها ؟ فقال : لا ، لا يجوز شرطان في شرط ، قلت : فكيف يصنع ؟ قال عليه السلام : يتصدّق عليها

---

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٩١ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٩١ والاستبصار ج ٣ ص ٣٥١ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٩١ . والاستبصار ج ٣ ص ٣٥١ .

بما بقي من الأيّام ، ثمّ يستأنف شرطاً جديداً »(١) .

واستدلّ أيضاً بمفهوم الصحيحة « لا بأس بأن تزيدك و تزيدها إذا انقطع الأجل فيما بينكما تقول : استحللتك بأجل آخر برضا منها ، ولا يحلّ ذلك لغيرك حتّى تنقضي عدّتها »(٢) .

ولا يبعد أن يكون النظر في هذه الصحيحة إلى عدم العدّة بالنسبة إلى الزّوج بقرينة ذيله « ولا يحلّ - إلخ » من دون تعرّض لعدم جواز النكاح قبل انقطاع الأجل ثمّ إنّه مع وجود الدّليل الخاص على عدم جواز التجديد قبل انقضاء الأجل لامجال للتمسّك بالعمومات لصحّة التجديد قبل الانقضاء لما صرّح في بعض الأخبار بأنّهن مستأجرات ، ولا ريب في جواز التجديد في الإجارة قبل انقضاء مدّة الإجارة .

﴿ **القسم الثالث** في نكاح الإماء : والنظر إمّا في العقد وإمّا في الملك ، أمّا العقد فليس للعبد ولا للأمة أن يعقدا لأنفسهما نكاحاً ما لم يأذن المولى ، ولو بادر أحدهما ففي وقوفه على الإجازة قولان ، ووقوفه على الإجازة أشبه ، وإن أذن المولى ثبت في ذمّة مولى العبد المهر والنفقة و يثبت لمولى الأمة المهر ، ولو لم يأذنا فالولد لهما ، ولو أذن أحدهما كان للآخر ، و ولد المملوكين رقّ لمولاهما ﴾ .

الظاهر أنّ النكاح في كلامه - قدّس سرّه - ليس المراد منه المعنى المعروف ، فالنكاح بهذا المعنى إمّا بالعقد أو بالملك أمّا العقد فليس للعبد ولا للأمة أن يعقدا لأنفسهما لأنّ المملوك غير قادر فعقد المملوك لا يترتّب عليه الأثر إلّا بإجازة السيّد بعد العقد أو بإذنه قبل العقد ، ثمّ إن قلنا بصحّة الفضوليّ في العقود على القاعدة بحيث لو لحقه الإجازة يترتّب عليه الأثر و ليس العقد قبل لحوق الإجازة لغواً كعقد الصبيّ عند المشهور فالظاهر شمول القاعدة للمقام سواء كان العاقد عبداً أو أمة لعدم كون المملوك مسلوب العبارة كما يظهر من الأخبار ، و إن قلنا بعدم صحّة

---

(١) الكافي ص ٥ ج ٤٥٩ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٥٨ عن أبي بصير مقطوعاً أو مضمراً .

الفضوليّ على القاعدة بل يقتصر على الموارد الّتي دلّ الدّليل على الصّحة فتعدية الحكم إلى الأمة مشكلة لورود الخبر في خصوص المملوك الظاهر في العبد و هوحسنة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام « قال : سألته عن مملوك تزوّج بغير إذن سيّده ؟ قال : ذاك إلى سيّده إن شاء أجاز و إن شاء فرّق بينهما ، فقلت : أصلحك الله إنّ الحكم ابن عيينة و إبراهيم النخعيّ و أصحابهم يقولون : إنّ أصل النكاح باطل فلا تحلّ إجازة السّيد له ، فقال أبوجعفر عليه السلام : إنّه لم يعص الله وإنّما عصى سيّده فإذا أجاز فهو جائز [1] » .

و أمّا الأمة فربما يظهر من الأخبار بطلان نكاحها بغير إذن السيّد منها مارواه في التهذيب عن أبي بصير قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن نكاح الأمة قال : لايصلح نكاح الأمة إلّا بإذن مولاها [2] » .

و منها ما رواه في الكافي عن أبي العبّاس قال : « سألت أباعبدالله عليه السلام عن الأمة تتزوّج بغير إذن أهلها ؟ قال : يحرم ذلك عليها و هوالزّنا » [3] .

و منها ما رواه في الفقيه والتهذيب عن أبي العبّاس البقباق قال : «قلت لأبي عبد الله عليه السلام الرّجل يتزوّج الأمة بغيرعلم أهلهاقال : هوزنا إنّ الله يقول « فانكحوهنّ بإذن أهلهنّ [4] » .

و منها ما رواه في الكافي عن الفضل بن عبد الملك قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الأمة تتزوّج بغير إذن مواليها ؟ قال : يحرم ذلك عليها و هو زنا» [5] .

---

(۱) الكافي ج ۵ ص ۴۷۸ والتهذيب ج ۲ ص ۲۱۳ .

(۲) التهذيب ج ۲ ص ۲۰۹ والاستبصار ج ۳ ص ۲۱۹ .

(۳) الكافي ج ۵ ص ۴۷۹ .

(۴) الفقيه في أحكام المماليك من كتاب النكاح تحت رقم ۵ . و التهذيب ج ۲ ص ۲۱۳

(۵) المصدر ج ۵ ص ۴۷۹ .

و منها رواية الوليد بن صبيح عن أبي‌عبدالله عليه السلام « في رجل تزوّج امرأةحرّة فوجدها أمة قد دلّست نفسها له ؟ قال : إن‌كان‌الّذي‌زوّجها إيّاه من غير مواليهافالنكاح فاسد » [١] .

و في رواية سيف بن عميرة عن‌أبي‌عبدالله عليه السلام قال : «لا بأس أن يتمتّع الرّجل بأمة المرأة ، فأمّا أمة الرّجل فلا يتمتّع إلاّ بأمره » [٢] .

و يمكن أن يقال : إنّ المستفاد من‌حسنة زرارة المذكورة حيث علّل الصحّة بعد إجازة السّيد بأنّه لم يعص الله و إنّما عصى سيّده صحّة نكاح الأمة مع إجازة السيّد ولا إشكال في أنّه قبل الإجازه لا يرتّب الآثار فمباشرة العبد يكون زناً كما لا يجوز في البيع الفضوليّ التصرّف في المبيع و يكون تصرّفاً في مال الغير فالأخبار المذكورة في الأمة محمولة على ما يقع قبل الإجازة ، و هذا و إن كان خلاف ظاهر الأخبار المذكورة لكنّه بعد ملاحظة إباء العلّة المذكورة في الحسنة عن التخصيص بالعبديكون أولى و أقرب و إن كان رواية الوليد المذكورة تأبى عن هذا إلاّ أنّه لم يظهر اعتبارها من جهه السند و مع اعتبار السند يقع المعارضة .

و أمّا رواية سيف المذكورة فالظاهر عدم عمل الأصحاب بمضمونها . و أمّا ثبوت المهر والنفقة في‌ذمّة المولى مع الاذن فهو المشهور واستدلّ بأنّ النكاح لمّاوقع‌صحيحاً لزم الحكم بثبوت المهر والنفقة و لا محلّ لهما إلاّ ذمّة السيّد لأنّ العبد لا يملك ، و عن الشيخ في المبسوط تعلّق ذلك بكسب العبد لأنّ المهر و النفقة من لوازم النكاح و كسب العبد أقرب شيء إليه فانّ مصرف الكسب مؤونة الانسان ومن أهمّها لوازم النكاح .

ولا يخفى الاشكال فيما ذكر للنقض بتعلّق عوض التالف و أرش الجنايات بذمّة العبد و جواز تعلّق المهر بالكسب كما قيل يتعلّق أرش الجناية برقبة الجاني و مجرّد الاذن من المولى لا يوجب تعهّده بالمهر والنفقة .

---

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٠٤ .

(٢) الكافي ج ٥ ص٤٦٤ والتهذيب ج ٢ ص ١٨٨ .

نعم ذكر في المقام خبران أحدهما رواية زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال : « سألته عن رجل تزوّج عبده بغير إذنه فدخل بها ، ثمّ اطّلع على ذلك مولاه ، فقال: ذاك إلى مولاه إن شاء فرّق بينهما وإن شاء أجاز نكاحهما فإن فرّق بينهما فللمرأة ما أصدقها إلّا أن يكون اعتدى فأصدقها صداقاً كثيراً وإن أُجاز نكاحها فهما على نكاحهما الأوّل - الحديث »[١] .

والثاني رواية عليّ بن أبي حمزة عن أبي الحسن عليه السلام «في رجل زوّج مملوكاً له من امرأة حرّة على مائة درهم ، ثمّ إنّه باعه قبل أن يدخل بها ؟ قال : فقال : يعطيها سيّده من ثمنه نصف ما فرض لها ، إنّما هو بمنزلة دين استدانه بإذن سيّده »[٢] .

ويمكن استفادة لزوم المهر على السيّد من الخبر الأوّل من جهة اشتراط عدم كون الصداق كثيراً فإنّه لو كان الصداق على العبد و في ذمّته لم يظهر وجهٌ لهذا الشرط . والثاني دلالته على لزوم المهر على المولى ظاهرة من جهة أنّ ثمن العبد للمولى ، والإشكال فيه من جهة ضعف السند مندفع بأنّ في السند من أجمعت العصابة على تصحيح ما يصحّ عنه واعتماد المشهور عليه ، ثمّ إنّه لم يظهر حال نفقة الزّوجة من هذين الخبرين إلّا أن يقال : الإذن في الشيء أو إجازته إذنٌ وإجازة في لوازمه والمسئلة مشكلة .

وأمّا ملكيّة المولى لمهر الأمة المزوّجة بإذنه أو بإجازته بعد العقد على المشهور فالظاهر أنّه لا خلاف فيها لأنّ المملوكة ومنافعها للمولى والمهر عوض البضع فيعدّ المهر من منافعها .

وأمّا كون الولد لمولى العبد ومولى الأمة إذا تزوّجا بغير إذن المولين فلكون الولد نماءٌ للملكين ولا مزيّة لأحدهما والنسب لاحقٌ بهما بخلاف الحيوانات فإنّ الولد فيها ملحقٌ بالأمّ ونماءٌ لها والحكم مشهورٌ لكن الدّليل غير واضح .

---

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٧٨ .

(٢) الفقيه أحكام المماليك تحت رقم ١٩ والتهذيب ج ٢ ص ٢٠٥ .

وأمّا كون الولد للآذن دون غيره فهو ظاهر الاصحاب كما في الرّياض بل في المسالك الاتّفاق عليه ، فإن تمّ وإلّا فلا نصّ عليه ظاهراً والتعليل بأنّ الآذن قد أقدم على فوات الولد منه فإنّ المأذون قد تزوّج من اليس برقّ فينعقد الولد حرّاً بخلاف من لم يأذن فيكون الولد له خاصّة لا يتمّ لأنّ الآذن قد تنحصر إذنه في وطي المملوكة . وأمّا كون ولد المملوكين رقّاً لمولاهما فلما ذكر من كونه نماء للملكين .

﴿ ولو كانالاثنين فالولد بينهما بالسويّة ما لم يشترطه أحدهما ، وإذا كان أحد الأبوين حرّاً فالولد حرٌّ إلّا أن يشترط المولى رقّيته على تردُّد ، ولو تزوّج الحرُّ أمة من غير اذن مالكها فإن وطئها قبل الإجازة عالماً فهو زانٍ والولد رقٌّ للمولى وعليه الحدُّ والمهر ، ويسقط الحدُّ لو كان جاهلاً دون المهر ويلحقه الولد وعليه قيمته يوم سقط حيّاً ، وكذا لو ادّعت الحرّيّة فتزوّجها على ذلك ، وفي رواية يلزمه بالوطي عشر القيمة إن كانت بكراً ونصف العشر لو كانت ثيّباً ولو أولدها فكّهم بالقيمة ولو عجز يسعى في قيمتهم ولو أبى عن السعي قيل يفديهم الإمام وفي المستند ضعف ، ولو لم يدخل بها فلا مهر ﴾ .

إذا كان الأبوان لاثنين فالولد بينهما مع عدم الاشتراط لعدم مزيّة لأحد المملوكين مع اقتضاء العقد لحوق الأولاد بهما ، وقد يستظهر عدم المزيّة من جهة النصوص الواردة في تزوُّج العبد حرّة وبالعكس الظاهرة في كون اللّحوق للحرّ منهما من جهة أشرفيّة الّتي منها يعلم التساوي في اللّحوق بهما مع عدم المزيّة ويشكل استظهار ما ذكر من تلك الأخبار كما لا يخفى على من لاحظها فالعمدة الشهرة .

وأمّا صورة الاشتراط فلا خلاف فيها ظاهراً في اختصاص الولد بالمشروط له ، ويدل عليه عموم « المؤمنون عند شروطهم » وليس التمليك ممّا يحتاج إلى سبب خاصٍّ فلا مانع من حصوله بنفس الشرط . وأمّا حرّيّة الولد مع حرّيّة أحد الأبوين فهي المشهورة للأخبار المستفيضة منها مرسل مؤمن الطاق عن أبي عبدالله عليه السلام « أنّه سئل عن المملوك يتزوّج الحرّة ما حال الولد فقال : حرٌّ فقلت : والحرُّ يتزوّج المملوكة ؟

قال : يلحق الولد بالحرّيّة حيث كانت إن كانت الأُمُّ حرّة اعتق باُمّه و إن كان الأب حرًّا اُعتق بأبيه » (١) .

و منها خبر جميل و ابن بكير «في الولد بين الحرّ والمملوكة ؟ قال : يذهب إلى الحرّ منهما » (٢) .

و في خبر جميل أيضاً « سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : إذا تزوّج العبد الحرّة فولده أحرار ، و إذا تزوّج الحرُّ الأمة فولده أحرار » (٣) .

و منها خبره أيضاً « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الحرّ يتزوّج الأمة أو عبد تزوّج حرّة ، قال : فقال لي : ليس يسترقُّ الولد إذا كان أحد أبويه حرًّا إنّه يلحق بالحرّ منهما أيّهما كان ، أباً أو أمّاً » (٤) .

و منها ما رواه في الفقيه عن جميل بن درّاج في الصحيح قال : « سألت أباعبدالله عليه السلام عن رجل تزوّج بأمة فجاءت بولد ؟ قال : يلحق الولدبأبيه ، قلت : فعبد تزوّج بحرّة ؟ قال : يلحق الولد باُمّه » (٥) إلى غير ما ذكر .

و في قبالها أخبار اُخر منها ما رواه الشيخ في التهذيب عن أبي بصير قال : « لو أنّ رجلاً » ـ وفيالاستبصار رواه عنأبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « لو أنّ رجلاً دبّر جارية ثمّ زوّجها من رجل فوطئها كانت جاريته و ولدها منه مدبّرين كما لو أنّ رجلاً أتى قوماً فتزوّج إليهم مملوكتهم كان ما ولدلهم مماليك » (٦) .

و منها ما رواه الصدوق في الفقيه في الصحيح والشيخ في التهذيب في الصحيح أو الحسن عن الحلبيّ عن أبي عبد الله عليه السلام « في رجل زوّج أمته من رجل و شرط له أنّ ما ولدت من ولد فهو حرٌّ ، فطلّقها زوجها أو مات عنها فزوّجها من رجل آخر ما منزلة ولدها ؟ قال : منزلتها ما جعل ذلك للأوّل وهو في الآخر بالخيار إن شاء أعتق

(١) الكافي ج ۵ ص ۴۹۲ .

(۲و۳و۴) الكافي ج ۵ ص ۴۹۲ . والتهذيب ج ۲ ص ۲۰۹

(۵) الفقيه في احكام المماليك تحت رقم ۲۶ .

(۶) المصدر ج ۲ ص ۲۰۹ والاستبصار ج ۳ ص ۲۰۳ .

و إن شاء أمسك » [1] .

و منها ما رواه في التهذيب ، عن الحسن بن زياد قال : « قلت له : أمة كان مولاها يقع عليها ثمّ بدا له فزوّجها ما منزلة ولدها؟ قال: بمنزلتها إلاّ أن يشترط زوجها » [2].

و عن عبد الرّحمن بن أبي عبد الله البصري في الصحيح عن أبي عبدالله عليه السلام « في رجل زوّج جاريته رجلاً و اشترط عليه أنّ كلّ ولد تلده فهو حرّ ، فطلّقها زوجها ، ثمّ تزوّجها آخر فولدت منه ؟ قال : إن شاء أعتق و إن شاء لم يعتق » [3] إلى غير ما ذكر .

ولا يخفى التّنافي والتعارض بين الطائفتين والأولى حمل الطائفة الثانية على التقيّة لأنّ المشهور بين القدماء العمل بمضمون الطائفة الأولى و لم ينقل الخلاف إلّا عن ابن الجنيد ، و احتمال أن يكون أخذ القدماء من جهة التخيير بعيدٌ مع كون الطائفة الثانية أصحّ سنداً بعيدٌ جداً ، هذا كلّه مع الاطلاق و عدم الشرط ، وأمّا مع اشتراط الرّقّية و إن نسب إلى المشهور صحّة الاشتراط و تحقّق الرّقّية ، لكنّه مشكلٌ من جهة أنّه بعد أخذنا بالطائفة الأولى من الأخبار ومقتضاها حرّيّة الولد يكون الشرط مخالفاً للسّنة والشرط المخالف للسنّة لا يرتّب عليه الأثر ، وما قيل في باب الشرط من أنّ المخالفة في صورة كون الحكم عن اقتضاء وما لم يحرز المخالفة فمقتضي أصالة عدم المخالفة صحّة الشرط محلّ إشكال لأنّه إحالة على أمر غير معلوم غالباً فكيف يمكن استفادة القانون الجامع الكلّي من كلامهم «المؤمنون عند شروطهم إلّا ما خالف الكتاب ـ الخ » بل الظاهر منه أنّه كلّ ما خالف الكتاب أو السنّة لا يصحّ ولا يجب الوفاء به من دون حاجة إلى إحراز كون الحكم عن اقتضاء إلّا فيما دلّ الدّليل عليه .

و قد أورد على القائل بصحّة الشرط هنا بأنّه لو صحّ الشرط في المقام لجاز اشتراط الرّقّية في المتولّد من الحرّين واجيب بأنّ المسلّم امتناعه تأثير الشرط في رقّية المتّصف بالحرّيّة بل و المستعدّ لها مع عدم المقتضي لها غيره كالمتولّد من الحرّين

(١) النفقته فى العتق و أحكامه تحت رقم ١٣ . والتهذيب ج ٣ ص ٣٠٩ واللفظ له.

(٢و٣) التهذيب ج٢ ص ٣٠٦ .

فإنّ رفع اليد من كلٍّ من الأبوين عن مقتضى تأثير إطلاق العقد الشركة مقتضى عدم لحوق المتولّد منهما بكلٍّ منهما في الصفة و ذلك لا يقتضي الرقّيّة بل اقصاها نفي حرّيّته من حيث التبعيّة .

أمّا حرّيّته للأصل فهي باقية . لم يرتفع بشيء بخلاف ما نحن فيه فإنّ رفع اليد عن مقتضى ما أثبته العقد له من الشركة في الولد مقتضى اختصاص الآخر في النماء فيتبعه في الملك حينئذٍ ففي الحقيقة صيرورته رقّاً بالتبعيّة لا بالشرط ، وإنّما آثار رفع مقتضى الحرّيّة الّذي كان حاصلاً بسبب إطلاق العقد .

و يمكن أن يقال : بعد دلالة الأخبار المذكورة على حرّيّة المتولّد بين الحرّ والمملوك و حكم الشارع بالحرّيّة لانفهم تحقّق اختيار لطرفي العقد في نفي الحرّيّة و إثباتها حتّى يثبتان الحرّيّة أو ينفيان و ماذكر من أنّه لا عقل ولانقل يقتضي حرّيّة المتولّد بين الحرّ والمملوك على وجه ينافي الشرط المزبور ، يجاب عنه بأنّه كفى في المقام الأخبار المذكورة في حرّيّة المتولّد المذكور .

« و لو تزوّج الحرّ أمة مع عدم إذن مالكها فإن وطئها قبل الإجازة عالماً فهو زان » و وجهه واضح إنّما الكلام في وجه التقييد بالعلم ، والظاهر أنّ المراد أنّ المراد العلم بالحرمة ، و أيضاً قد يقيّد بعدم لحوق الاجازة بحيث لووطئها قبل لحوق الاجازة ثمّ تحقّقت الإجازة ، لم يكن زانياً ، و لازم التقييد الأوّل أنّه لو وطأ أجنبيّة مع احتمال كونها أجنبيّة لم يكن زانياً ، ويشكل حيث إنّه مع عدم المعذوريّة يكون الوطي محرّماً معاقباً عليه ، و قد ذكروا في كتاب الحدود أنّ الزّنا يتحقّق مع العلم بالحكم والموضوع ، و حكى عن الشهيد الثاني و سبطه - قدّس سرّهما - خلافه من جهة عدم المعذوريّة مع الالتفات والشبهة ، و ماذكر من التقييد بعدم لحوق الإجازة لا يخفى الإشكال فيه من جهة أنّ القائل بالكشف في العقد الفضولي ، لا يمكن أن يلتزم بالكشف الحقيقي للزوم المحذورات المذكورة في محلّه غاية الأمر استفادة الكشف الحكميّ ألا ترى أنّه لو بيع مال الغير هل يمكن الالتزام بجواز تصرّف المشتري من جهة لحوق الاجازة بعد مدّة بل لازم هذا عدم جواز تصرّف

المالك حيث إنّه في الواقع ملك المشري و يكشف عنه الاجازة و في المقام يلزم حرمة استمتاع المولى من جهة أنّها على ما ذكر زوجة الغير في الواقع فمع عدم تحقّق الزّوجيّة قبل الاجازة يكون وطئها زناً محرّماً يوجب الحدّ و في الأخبار المذكورة التصريح به من دون فرق بين لحوق الاجازة وعدمه .

و أمّا رقيّة الولد للمولى فالظاهر عدم الخلاف فيه ، و يمكن الاستدلال بما رواه الشيخ في الصحيح عن جميل عن بعض أصحابه عن أحدهما عليهما السلام في رجل أقرّ على نفسه أنّه غصب جارية فولدت الجاريّة من الغاصب قال : تردّ الجارية والولد على المغصوب إذا أقرّ بذلك الغاصب » (١) .

و رواه الكليني كذلك والصدوق (ره) عن الصادق مرسلاً إلّا أنّه قال فيه «إذا أقرّ بذلك أو كانت عليه بيّنه » .

وظاهر الرّواية صورة وقوع الزّنا بدون وقوع العقد لكنّه حيث لا يرتّب عليه الاثر يكون كالعدم و مع هذا قد يقع الفرق فإنّ العقد في العدّة يوجب الحرمة الأبديّة ، والزنا في العدّة غير العدّة الرّجعيّة لا يوجب الحرمة الأبديّة وقد يعلّل الحكم بالرّقيّة بإنّ الولد نماء ملكه .

و أمّا الحدّ والمهر فالحدّ من وظائف الحاكم إن قلنا بجواز إجرائه في زمان الغيبة ، و أمّا المهر فقد يستشكل فيه مع التفات الجارية حيث إنّه لا مهر لبغيّ . و اُجيب عن الخبر بعد تسليم صحّته بأنّه خارج عن محلّ البحث و أنّ المراد به الحرّة لأنّ لفظ المهر إنّما يقال بالنسبة إلى الحرّة وأمّا عوض بضع الأمة فلا ينفيه الخبر المذكور و هو راجع إلى المولى ، و يشكل ما ذكر بأنّ المهر ينسب إلى الامة أيضاً في مقام التزويج و من معاني اللاّم الاختصاص و يصحّ أن يقال : مهر الأمة للمولى و إن أبيت فلا بدّ من إقامة الدّليل على استحقاق المولى في هذا المقام شيئاً لانّ لازم كون البضع ممّا يقابل بالمال كسائر المنافع أنّه يكون مضموناً إذا كان الأمة في يد الغاصب ولا أظنّ أن يلتزم به .

---

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٤٨ .

و قد يستدلّ لثبوت العقر من عشر القيمة إن كانت بكراً و نصفه إن كانت ثيّباً بالصحيحين أحدهما صحيح الوليد بن صبيح عن الصادق عليه السلام في رجل تزوّج أمرأة حرّة فوجدها أنّه دلّست نفسها له قال : إن كان الّذي زوّجها إيّاه من غير مواليها فالنكاح فاسدٌ قال : قلت :كيف يصنع بالمهر الّذي أخذت منه قال : إن وجدما أعطاها فليأخذه و إن لم يجد شيئاً فلا شيء له عليها وإن كان زوّجها إيّاه وليّ لها ارتجع على وليّها بما أخذت منه و لمواليها عشر قيمة ثمنها إن كانت بكراً و إن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحلّ من فرجها قال: وتعتدُّ منه عدّة الأمة ، قلت : فإن جاءت منه بولد ؟ قال : أولادها منه أحرارٌ إذا كان النكاح بغير إذن الموالي » [1] .

والثاني صحيح الفضيل بن يسار « سئل الصادق عليه السلام عمّا إذا أحلّ له ما دون الفرج فغلبته الشهوة فافتضّها ؟ قال : لا ينبغي له ، قال : فإن فعل أيكون زانياً ؟ قال: لا و لكن يكون خائناً و يغرم لصاحبها عشر قيمتها إن كانت بكراً فإن لم يكن فنصف عشر قيمتها » [2] و يقال : من إطلاق الصحيحين يعلم الحكم في أصل المسئلة و إنّه لا مدخليّة لبغيها في سقوط حقّ المولى خصوصاً إذا كانت بكراً فانّه ينبغى القطع بثبوت ذلك له ، و احتمال القول بخروجه عن محلّ البحث باعتبار كونه جناية على المملوك موجبة لنقصه فضمانه من هذه الحيثيّة لا من حيث كونه مهراً يدفعه معلوميّة كون العشر الّذي أثبته الشارع نصفه أرشاً للبكارة و نصفه من حيث الانتفاع بالوطي بقرينة قوله « و إن لم تكن بكراً فنصف العشر كما هو واضح بأدنى تأمّل .

و يمكن أن يقال : أمّا الصحيح الأوّل فظاهره بل صريحه عدم تحقّق الزّنا من طرف الزّوج و من طرف الأمة المدلّسة لم يظهر منه كونها عالمة بالحرمة حتّى يكون وطيها زناً من طرفها ، ثمّ إنّه لا ينطبق على القواعد ما فيه من عدم ضمان المهر المأخوذ من الرّجل مع إتلاف الأمة أو التلف و يظهر من ذيل الصحيحة أنّ الأولاد أحرار و على الأمة العدّة ومن المسلّم كما سبق أنّه مع تحقّق الزّنا من الطرفين يكون الولد

---

(۱) الكافى ج ۵ ص ۴۰۴ والتهذيب ج ۲ ص ۲۳۲ والاستبصار ج ۳ ص ۲۱۶ .

(۲) الكافى ج ۵ ص ۴۶۸ والتهذيب ج ۲ ص ۱۸۴ .

رقاً ولاحرمة لماء الزاني حتى تجب العدة فان المشهور بينهم أنه يجوز تزويج الزانية بدون الاعتداد والحاصل أن المستفاد من الصحيح المذكور أنه مع استحلال الفرج يستحق المولى العشر أو نصف العشر و تجب العدة ، والأولاد أحرار فكيف يمكن استفادة وجوب العشر أو نصف العشر مع تحقق الزنا وعدم وجوب الاعتداد وكون الولد رقاً .

و مما ذكر ظهر الاشكال في الاستدلال بالصحيح الثاني فانه مع التصريح فيه بعدم تحقق الزنا كيف يستفاد منه وجوب العشر أو نصفه في صورة تحقق الزنا والمسئلة غير خالية عن الاشكال .

و أما سقوط الحد مع الجهل فلأن الحدود تدرء من جهة الشبهة ، و قد سبق الإشكال في صورة الجهل مع الالتفات بحيث لم يكن معذوراً ، ومع المعذورية واستحلال الفرج يمكن ثبوت المهر لصحيح الوليد المذكور .

وأما لحوق الولد بأبيه ولزوم قيمته على الأب فيدل عليه موثقة سماعة « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن مملوكة أتت قوماً وزعموا أنها حرة فتزوجها رجل منهم وأولدها ولداً ثم إن مولاها أتاهم فأقام عندهم البينة أنها مملوكة أو أقرت الجارية بذلك ، فقال : تدفع إلى مولاها هي وولدها ، و على مولاها أن يدفع ولدها إلى أبيه بقيمة يوم يصير إليه ، قلت : فإن لم يكن لأبيه ما يأخذ ابنه به؟ قال : يسعى أبوه في ثمنه حتى يؤديه ويأخذ ولده ، قلت : فإن أبى الأب أن يسعى في ثمن ابنه ؟ قال : فعلى الإمام أن يفتديه ولا يملك ولد حر »(١) .

و صحيح الوليد صريح في استحقاق الموالي عشر القيمة أو نصف العشر كما أن المستفاد من الموثق المذكور وجوب السعي على الأب إذا لم يجد ومع الإباء يفديه الإمام عليه السلام ويظهر من كلام المصنف - قدس سره - أن المهر اللازم على من تزوج الأمة غير العشر ونصف العشر ، ولامجال لإثباته من الصحيح المذكور .

و يمكن أن يستدل له بما ورد في أخبار تزويج المرأة في عدتها جاهلاً من قوله عليه السلام «وإن كان دخل بهافلها المهر بما استحل من فرجها» سواء كانت الباء للسببية

---

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢١٣ والاستبصار ج ٣ ص ٢١٧.

أو للعوضيّة حيث إنّه على الثاني مناسبة الحكم والموضوع يقتضي التعميم .

ثمّ إنّ ظاهر كلماتهم أنّ الموطوء شبهة مطلقاً لم تستحقّ إلّا مهر المثل وأورد بأنّه على هذا لابدّ من رفع اليد عن ظهور تلك الأخبار في المهر المسمّى وجعل اللام للجنس .

ويمكن أن يقال : لاظهور في المهر المسمّى لأنّ استحلال الفرج يناسب مع الاستحقاق للمهر في الجملة لا المهر المسمّى في العقد الفاسد . هذا ولكنّه على فرض استفادة العموم ممّا ورد في ترويج المرأة في عدّتها لابدّ من رفع اليد عن عمومه بواسطة موثّق سماعة المذكور مضافاً إلى اشكال سبق من جهة أنّ التعبير بقوله عليه السلام على المحكيّ «فلها المهر» لا يناسب الأمة حيث إنّ المهر راجع إلى المولى فتأمّل .

وأمّا صورة عدم الدخول فلا اشكال في عدم استحقاق المهر لعدم مايوجبه .

﴿ ولو تزوّجت الحرّة عبداً مع العلم فلا مهر و ولدها رقّ ، ومع الجهل يكون الولد حرّاً ولايلزمها قيمته ويلزم العبد مهرها إن لم يكن مأذوناً ويتبع به إذا تحرّر ﴾.

أمّا عدم المهر فلأنّها مع العلم بعدم الصحّة بدون الإذن والاجازة تكون بغيّاً «ولا مهر لبغيّ» ولخبر السكونيّ عن الصادق عليه السلام قال : « قال رسول الله صلّى الله عليه وآله : أيّما امرأة زوّجت نفسها عبداً بغير إذن مواليه فقد أباحت فرجها ولاصداق لها (١)» .

وأمّا رقيّة الولد فالظاهر عدم الخلاف فيها وقد يعلّل بانتفاء الولد عن الحرّة بالزّنا حيث لايثبت معه نسب فيبقى أصل تبعيّة نماء المال للمال المقتضي لكون الولد رقّاً للمولى ، فإن تمّ الاجماع فلاكلام وأمّا التعليل المذكور فلايخلو عن الإشكال لأنّه لامجال لنفي جميع آثار النسب ، ألاترى أنّهم لايجوّزون نكاح ولد الزّنا أمّه أو اُخته أو خالته وليس إلّا من جهة النسب وعلى فرض التسليم لانسلّم كون الولد كلّه نماء العبد ألاترى أنّه لوكان الولد بين عبد و أمة لاثنين يكون الولد بينهما بالسويّة ومجرّد انتفائه عن الحرّ لا يوجب اختصاصه بالأمة حتّى يصير ملكاً لمولاها ومع الجهل يكون الولد حرّاً لغلبة جانب الحرّيّة و عدم انتفاء النسب وإجراء للشبهة مجرى الصحيح ، لكن

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٧٩ .

ينافي ماذكر خبر العلاء بن رزين عن الصادق عليه السلام وفي رجل دبّر غلاماً فأبق الغلام فمضى إلى قوم فتزوّج منهم ولم يعلمهم أنّه عبد فولد له أولاد وكسب مالاً ومات مولاه الّذي دبّره فجاء ورثة الميّت الّذي دبّر العبد فطلبوا العبد فما ترى ؟ قال : العبد و ولده لورثة الميّت ، قلت : أليس قد دبّر العبد؟ قال : إنّه لمّا أبق هدم تدبيره و رجع رقّاً (٢)، إلّا أن يستشكل الأخذ به من جهة السند كما في الرّياض من أنّ في سنده جهالة فليس فيه حجّة .

وأمّا عدم لزوم القيمة عليها فالظاهر عدم الخلاف فيه وقد يوجّه بأنّ قاعدة النماء في الاُمّ دون الأب كما في ساير الحيوانات ولذا غرم الحرّ في إتلاف نماء الاُمّ بخلاف الحرّة وفيه إشكال لأنّ هذا مناف لما قالوا بأنّ الولد المتولّد من المملوك و المملوكة لمالكين يكون مشتركاً بين المالكين لكونه نماء للملكين فإن تمّ الإجماع وإلّا يشكل.

وأمّا لزوم المهر على العبد فلاستحلالة الفرج و مع عدم كون النكاح بغير إذن المولى وعدم إجازته لايغرم المولى بل يتبع به إذا تحرّر كما لو أتلف مال الغير .

﴿ ولو تسافح المملوكان فلا مهر والولد رقّ لمولى الأمة و كذا لو زنى بها الحرّ ولو اشترى الحرّ نصيب أحد الشريكين من زوجته بطل عقده ، ولو أمضى الشريك العقد لم يحلّ وطؤها ، و بالتحليل رواية فيها ضعف ، وكذا لو كان بعضها حرّاً أو لو هايأها مولاها على الزّمان ففي جواز العقد عليها متعة في زمانها تردّدٌ أشبهه المنع ﴾ .

أمّا عدم المهر فلعدم ما يوجبه فإنّ المهر يجب بالنكاح الصحيح أو باستحلال الفرج ، وأمّا اختصاص الولد الرّقّ بمولى الأمة فادّعي عليه الاتّفاق وعلّل بأنّه نماء الأمة والنسب من جهة الزّنا منتف بالنسبة إلى الأب، وقد يتمسّك بالأخبار المستفيضة المتقدّمة الناصّة بالحكم في تزويج الأمة المدّعية للحرّيّة أو فحواها إن اختصّت بزويجها من الحرّ، ولا يخفى الاشكال فيه لعدم العلم بمناط الحكم مضافاً إلى احتمال كون الولد في تلك المسئلة حرّاً يجب أداء قيمته بحيث لو لم يؤدّ القيمة لايخرج الولد عن الحرّيّة غاية الأمر كون الأب مديناً في ذمّته القيمة ، وما ذكر من كون الولد نماء

---

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢ وص ٢١٤ .

لخصوص الجارية مشكل لما ذكر آنفاً .

وأمّا لو زنى الحرّ بالمملوكة فالظاهر عدم الاشكال في اختصاص الولد بمالك الجارية فإنّ الحرّ لا يملك ابنه .

وأمّا المهر فلا موجب له لكن قد يقال بثبوت العقر لفحوى الصحيح أعني صحيح الفضيل المتقدّم ولا يخفى الاشكال التصريح هناك بعدم الزّنا والكلام هنا في صورة الزّنا.

وأمّا بطلان العقد باشتراء الزّوج نصيب أحد الشريكين فيدلُّ عليه موثّق سماعة « سألته عن رجلين بينهما أمة فزّوجاها من رجل ثمّ إنّ الرّجل اشترى بعض السهمين قال : حرمت عليه باشترائه إيّاها وذلك أنّ بيعها طلاقها إلاّ أن يشتريها من جميعهم ولو أمضى الشريك العقد لم يحلّ وطئها لأنّ العقد الباطل لا يؤثّر فيه الإمضاء ومع بقائه على الصحّة لم يحتج إلى الإمضاء وجواز الوطي بالتحليل فيه رواية صحيحة في الكافي والتهذيب [(١)] عن محمّد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام وفي الفقيه عن محمّد بن مسلم عنه عليه السلام أيضاً وقد عمل بها جماعة قال « سألته عن جارية بين رجلين دبّراها جميعها ثمّ أحلّ أحدهما فرجها لشريكه ، قال : هي له حلالٌ وأيّهما مات قبل صاحبه فقد صار نصفها حرّاً من قبل الّذي قد مات ونصفها مدبّراً ، قلت : إن أراد الثاني منهما أن يمسّها أله ذلك ؟ قال : لا إلاّ أن يثبت عتقها ويتزوّجها برضى منها متى ما أراد ، قلت : أليس قد صار نصفها حرّاً وقد ملكت نصف رقبتها والنصف الآخر للباقي منهما ، قال : بلى ، قلت : فإن هي جعلت مولاها في حلّ من فرجها وأحلّت له ذلك ؟ قال : لا يجوز له ذلك قلت : ولم لا يجوز له ذلك وقد أجزت للّذي كان نه نصفها حين أحلّ فرجها لشريكه منها [(٢)]، قال : إنّ الحرّة لا تهب فرجها ولا تعيره ولا تحلّله ولكن لها من نفسها يوم وللّذي دبّرها يوم فإن أحبّ أن يتزوّجها متعة في اليوم الّذي تملك فيه نفسها فليتمتّع منها بشيء قلّ أو كثر » .

---

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٨٢ . والتهذيب ج ٢ ص ٢٠٣ والفقيه أحكام المماليك تحت رقم ٢٢ .

(٢) في التهذيب والفقيه « فيها » .

وهذه الرّواية صريحة في جواز الوطي بالتحليل والمنع مع تحرّر بعضها وجواز التمتّع بها في يومها المختصّ بها ، ولا مانع عن العمل بها .

﴿ ويستحبّ لمن زوّج عبده أمته أن يعطيها شيئاً ، ولو مات المولى كان للورثة الخيار في الاجازة والفسخ ولاخيار للأمة ﴾ .

قيل: يجب أن يعطيها شيئاً من ماله لصحيح ابن مسلم عن الباقر عليه السلام «سألته عن الرّجل كيف ينكح عبده أمته ؟ قال : يجزيه أن يقول: قد أنكحتك فلانة ويعطيها ماشاء من قبله أو من مولاه ولو مدّاً من طعام أو درهماً [1] » وحسن الحلبيّ «قلت لأبي عبدالله عليه السلام :كيف ينكح عبده أمته ؟ قال : يقول : أنكحتك فلانة ويعطيها ماشاء من قبله أو من قبل مولاه ولو مدّاً من طعام أو درهماً أو نحو ذلك » [2] .

وأمّا استحباب إعطاء المولى الأمة شيئاً فهو المشهور بين المتأخّرين ، واستدلّ عليه بالأصل وعدم تصوّر استحقاقه لنفسه على نفسه من جهة أنّ مهر الأمة لسيّدها وبأنّ التسامح في الخبرين المزبورين في تقدير المهر أوضح قرينة على الاستحباب بل صراحتهما بعدم ذكره مهراً شاهد آخر عليه أيضاً .

ويمكن أن يقال : ظاهر الخبرين وجوب الإعطاء لأنّ الإعطاء وقع في سياق الإنكاح المذكور. وأمّا ما استدلّ به على الاستحباب فالأصل منه كيف يجري مع ظهور الدّليل ، وماذكر من عدم تصوّر استحقاقه ـ الخ ، إن تمّ يوجب عدم الاستحباب أيضاً والحقّ أنّ المملوك يملك فما المانع من ملكيّة المهر للامة ؟ ، غاية الأمر محجوريّة المملوك في التصرّف وجواز أخذ المولى منه بل في بعض الأخبار مايستفاد منه عدم جواز الأخذ منه فيما لو أعطاها شيئاً طلباً لرضاه من جهة ظلم المولى والتسامح في تقدير المهر لايدلّ على الاستحباب ألاترى وقوع التسامح في المهر في المتعة مع ركنيّته فيها ، ثمّ إنّ

---

(١) رواه الصدوق في الفقيه والكليني في الكافي ج ٥ ص ٤٧٩ والشيخ في التهذيب ج ٢ ص ٢١٢ كلهم بلفظ آخر .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٧٩ والتهذيب ج ٢ ص ٢١٢ .

الظاهر كونه نكاحاً لاتحليلاً فإنّ السائل يسأل عن النكاح و قصده النكاح وعدم ذكر القبول لايدلّ على عدمه لإمكان أن يكون عدم الذّكر من جهة وضوح حاجة العقد إلى القبول ، و يحتمل عدم الحاجة إلى القبول فيما كان الاختيار المعاقد الولي على الطرفين كالجدّ للأب في تزويج بنت ابنه ابن ابنه الآخر إن لم يكن الاجماع على خلافه ، غاية الأمر كون فسخه بيد المولى على ما هو المسلّم بينهم إن لم يفسخ المولى وأعتق العبد والأمة يكونان باقيين على نكاحهما ويكون الطلاق بيد الزوج ، ولومات السيّد كان الخيار للورثة في إمضاء النكاح و فسخه لانتقال ما كان للسيّد إلى الورثة ولا خيار للأمة لبقائها على الرّقيّة .

واستدلّ على كون الفسخ بيد المولى بما رواه محمّد بن مسلم في الصحيح عن الباقر عليه السلام قال : « سألته عن قول الله عزّ وجلّ والمحصنات من النساء إلّا ما ملكت أيمانكم» قال : هو أن يأمر الرّجل عبده وتحته أمته فيقول له : اعتزل امرأتك ولا تقربها ، ثمّ يحبسها عنه حتّى تحيض ثمّ يمسّها [1] » وقد يستدلّ بهذا الصحيح على عدم كونه عقداً وكونه إباحة لأنّ رافع العقد إمّا الطلاق أو الموت أو تجدّد ملك أو عتق مع فسخ المالك أو العتق أو ملّة أونحلة أو عيب كعفلة على قول وماعدى الأوّل هنا منتف و الأوّل إن جعل قوله : «اعتزل امرأتك» طلاق لزم أن يكون الطلاق بيد غير الزّوج وهو باطل لقوله عليه السلام : «الطلاق بيد من أخذ بالساق » .

ويمكن أن يقال : لا محذور في كون أمر المولى بالاعتزال فسخاً ، غاية الأمر تخصيص ما دلّ على انحصار أسباب الفسخ فيما ذكر ، والشاهد على كونه عقداً هو أنّه لو لم يفسخ المولى وبقيا على نكاحهما واعتقا يترتّب على نكاحهما الآثار من الإرث والنفقة واحتياج التفريق إلى الطلاق ولا أظنّ أن لا يلتزموا بما ذكر وإن لم أجد تصريحاً به في كلماتهم ، وما ذكر من انحصار أمر الطلاق مناف لما تسالموا عليه ظاهراً في المرأة الغائب عنها زوجها حيث إنّه بعد الفحص واليأس يطلّق الحاكم ويكون

---

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٨١ . والتهذيب ج ٢ ص ٢١٢ .

طلاقه صحيحاً وإن كان الزّوج حيّاً ، وما ذكر من ثبوت الخيار للورثة محلّ تأمّل لأنّه إن كان من جهة ثبوت الخيار للمولى والخيار موروث كما ثبت في محلّه فإن كان المدرك الصحيح المذكور فلا يستفاد منه كون ماله من جواز الأمر بالاعتزال حقّاً قابلاً للانتقال ، وإن كان من جهة انتقال العبد والأمة إلى الوارث فالصحيح المذكور لا يشمل كلّ وارث فانّ البنت الوارثة ليست مشمولة للصحيح المذكور .

﴿ ثمّ الطواري ثلاثة : العتق ، والبيع ، والطلاق . أمّا العتق فإذا أعتقت الأمة تخيّرت في فسخ نكاحها وإن كان الزّوج حرّاً على الاظهر ، ولا خيرة للعبد لو اُعتق ولا لزوجته ولو كانت حرّة ، وكذا تتخيّر الأمة لو كانا لمالك فاُعتقا أو اُعتقت ، ويجوز أن يتزوّجها ويجعل العتق صداقها ، ويشترط تقديم لفظ « التزويج » في العقد وقيل : يشترط تقديم العتق ﴾ .

لا خلاف في أنّ الأمة لو اُعتقت وكانت تحت عبد تكون متخيّرة في فسخ نكاحها ، ووقع الخلاف فيما لو كانت تحت حرّ ولنذكر الرّوايات الواردة .

فمنها ما رواه في الكافي والتهذيب عن سماعة في الموثّق قال : « ذكر أنّ بريرة مولاة عائشة كان لها زوج عبد ، فلمّا اُعتقت قال لها رسول الله صلّى الله عليه وآله : اختاري إن شئت أقمت مع زوجك وإن شئت فلا »[1] .

وما رواه في التهذيب عن عبدالله بن سنان في الموثّق عن أبي عبدالله عليه السلام «أنّه كان لبريرة زوج عبد ، فلمّا اُعتقت قال لها رسول الله صلّى الله عليه وآله : اختاري »[2] .

وعن محمّد بن آدم عن الرّضا عليه السلام أنّه قال : «إذا اُعتقت الأمة ولها زوج خيّرت إن كانت تحت عبد أو حرّ »[3] .

ورواه بسند آخر عن زيد الشحّام عن أبي عبدالله عليه السلام مثله .

وما رواه في الفقيه والتهذيب عن محمّد بن مسلم في الصحيح قال : «سألت أبا عبدالله

---

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٨٧ .

(٢) و (٣) التهذيب ج ٢ ص ٢١١ .

عليه السلام عن المملوكة تكون تحت العبد ثمّ تعتق فقال : تتخيّر فإن شاءت أقامت على زوجها وإن شاءت فارقته » [١] .

ومنها ما رواه الشيخ عن أبي الصباح الكناني عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « أيّما امرأة اُعتقت فأمرها بيدها إن شاءت أقامت وإن شاءت فارقته » [٢] .

وعن عبدالله بن بكير في الموثّق عن بعض أصحابنا عن أبي عبدالله عليه السلام « في رجل حرٍّ نكح أمة مملوكة ، ثمّ اُعتقت قبل أن يطلّقها قال : هي أملك بنفسها » [٣] .

ومقتضى إطلاق هذا الموثّق وصريح رواية محمّد بن آدم عدم الفرق بين ما كان الزّوج عبداً أو حرّاً ، ومع هذا لا وجه للتقييد بكون الزّوج عبداً وذكر العبد في عتق بريرة أو في صحيح محمّد بن مسلم لا يدلُّ على التقييد لأنّ ذكر العبد في الصحيح في كلام الرّاوي وفي قضيّة بريرة نقل كلام رسول الله في مورد خاصّ لا دلالة فيه على التقييد .

وأمّا عدم الخيرة للعبد لو اُعتق فلعدم الدّليل مع كون بناء النكاح على اللّزوم ولا خيرة للزوجة الحرّة أو الأمة لو اُعتق العبد ويدلُّ عليه خبر عليِّ بن حنظلة عن الصادق عليه السلام « في رجل زوّج أمّ ولد له من عبد فأعتق العبد بعد ما دخل بها يكون لها الخيار ؟ قال : لا قد تزوّجته عبداً ورضيت به فهو حين صار حرّاً أحقّ أن ترضى به » [٤] .

وفي خبر أبي بصير عنه أيضاً « في العبد يتزوّج الحرّة ، ثمّ يعتق فيصيب فاحشة؟ فقال : لا يرجم حتّى يواقع الحرّة بعد ما ينعتق ، قلت : للحرّة عليه الخيار إذا اُعتق؟ قال : لا قد رضيت به وهو مملوك فهو على نكاحه الأوّل » [٥] .

---

(١) الفقيه فى طلاق العبد تحت رقم ١٥ والتهذيب ج ٢ ص٢١١ واللفظ له .

(٢) و (٣) التهذيب ج ٢ ص ٢١١ .

(٤) الكافى ج ٥ ص ٤٨٧ .

(٥) التهذيب ج ٢ ص ٢١١ .

ويكفي أصالة لزوم النكاح، ومقتضى إطلاق الأخبار المذكورة عدم الفرق في اختيار الأمة المعتقة بين أن تكون هي والعبد لمالكين أو لمالك واحد فأعتقا أو أعتقت نعم على القول باختصاص الخيرة للأمة بصورة كون الزوج عبداً يشكل مع إعتاقهما معاً لأن في مرتبة اختيارها يكون زوجها حراً، وأمّا جواز تزويج الأمة وجعل صداقها عتقها تدل عليه أخبار منها ما رواه في الكافي عن عبيد بن زرارة في الحسن أنه سمع أبا عبدالله عليه السلام يقول «إذا قال الرجل لأمته أعتقتك وأتزوجك وأجعل مهرك عتقك فهو جائز»[1].

وعن سماعة بن مهران في الموثق قال: «سألته عن رجل له زوجة وسرية يبدو له أن يعتق سريته ويتزوجها، قال: إن شاء اشترط عليها أن عتقها صداقها، فإن ذلك حلال أو يشترط عليها إن شاء قسم لها وإن شاء لم يقسم، وإن شاء فضل الحرة عليها فإن رضيت بذلك فلا بأس»[2].

وعن الحلبي في الصحيح أو الحسن عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن الرجل يعتق الأمة فيقول: مهرك عتقك؟ فقال حسن»[3].

وعن عبدالرحمن بن أبي عبدالله قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يكون له الأمة فيريد أن يعتقها فيتزوجها أيجعل مهرها عتقها أو يعتقها ثم يصدقها، وهل عليها منه عدة؟ وكم تعتد؟ وهل يجوز له نكاحها بغير مهر؟ وكم تعتد من غيره؟ قال: يجعل عتقها صداقها إن شاء وإن شاء أعتقها، ثم أصدقها وإن كان عتقها صداقها فإنها لا تعتد، ولا يجوز نكاحها إذا أعتقها إلا بمهر، ولا يطأ الرجل المرأة إذا تزوجها حتى يجعل لها شيئاً وإن كان درهماً»[4].

(١) المصدر ج ٥ ص ٤٧٦.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٧٦.

(٣) المصدر ج ٥ ص ٤٧٥.

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٧٦. والتهذيب ج ٢ ص ٢٩٧.

ثمّ إنّه لا مجال بعد ملاحظة الأخبار الواردة في المقام للاشكال بمخالفة جعل الصداق في التزويج العتق بعدم جواز نكاح المالك أمته وبعدم جواز جعل العتق مهراً و بأنّه لابدّ من تحقّق المهر قبل النكاح و بلزوم الدّور لتوقّف النكاح على العتق و بالعكس ، و قد يدفع الاشكال بأنّ العتق لمّا اقترن بالنكاح لم يتزوّج أمته ضرورة كون المسلّم منه عدم اجتماع التزويج و الملك وبمنع لزوم تحقّق المهر قبل النكاح بل يكفي المقارنة كما أنّ النكاح يتوقّف على اقتران العتق به لا على سبقه .

و يمكن أن يقال : إن كان نظر المستشكل إلى أنّه لابدّ من وقوع التزويج على غير الملك بحسب القاعدة لا يدفع إشكاله بما ذكر ، و أمّا ما ذكر من لزوم تحقّق المهر قبل النكاح فهو غير مسلّم ألاترى أنّه يصحّ جعل المهر كلّياً في الذّمّة كما يجعل الكلّي في الذّمّة مبيعاً فقبل الجعل لا اعتبار في البين ولا تحقّق و بالعقد يصحّ الاعتبار و له تحقّق اعتباريّ و الّذي يسهّل الخطب أنّه ليس في البين إلّا تخصيص القواعد الواصلة من قبل الشرع و لا محذور فيه .

و الّذي لزم البحث فيه أنّه هل يشترط تقديم لفظ العقد على العتق بأن يقول : أتزوّجك و أعتقتك وجعلت عتقك مهرك لأنّه لو سبق بالعتق كان لها الخيار في القبول و الامتناع ، اولا يشترط ، لأنّ الكلام المتّصل كالجملة الواحدة ، و يمكن استفادة الاشتراط من خبر عليّ بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليهما السلام قال : «سألته عن رجل قال لأمته أعتقتك و جعلت عتقك مهرك ؟ قال : عتقت و هي بالخيار إن شاءت تزوّجت و إن شاءت فلا ، فإن تزوّجته فليعطها شيئاً وإن قال : قد تزوّجتك وجعلت مهرك عتقك فانّ النكاح واقع ولا يعطيها شيئاً » [1] .

و خبر محمّد بن آدم عن الرّضا عليه السلام «في الرّجل يقول لجاريته قد أعتقتك وجعلت صداقك عتقك قال : جاز العتق و الأمر إليها إن شاءت زوّجت نفسها و إن شاءت لم تفعل فإن زوّجته نفسها فأحبّ له أن يعطيها شيئاً » [2] .

(١) التهذيب ج ٢ ص ٣٠٣ و الاستبصار ج٣ ص ٢١٠ و قرب الاسناد ص ١٠٩ .
(٢) التهذيب ج ٢ ص ٣٠١ و الاستبصار ج ٣ ص ٢١٠ .

و اُجيب عمّا ذكر باحتمال ابتناء ما في هذين الخبرين من عدم حصول النكاح بذلك على عدم ذكر صيغة التزويج لا من حيث تقديم العتق عليها لو جاء بهما معاً ، و لا يخفى بعد هذا الاحتمال لأنّ احتياج التزويج إلى الصيغة ليس أمراً يخفى حتّى يحتاج إلى السؤال و يجاب بما ذكر ، و الشاهد عليه ما في بعض ما في قبال الخبرين المذكورين من صحيح الحلبيّ عن الصادق عليه السلام « سألته عن الرّجل يعتق الأمة ويقول مهرك عتقك ؟ قال : حسن » (١) .

وصحيح محمّد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام «أيّما رجل شاء أن يعتق جاريته ويجعل صداقتها عتقها فعل » (٢) .

و خبر عبيد بن زرارة سمع أبا عبدالله عليه السلام يقول : « إذا قال الرّجل لامرأة : أعتقتك و أتزوّجك و أجعل مهرك عتقك فهو جائز » (٣) .

و قد يقال : تقدّم العتق لفظاً لا يقتضى ترتّب أثره كي يلزم من تقدّمه ثبوت الخيار لها حينئذٍ ضرورة كونه بعض الكلام الّذي هو كالجملة الواحدة الممنوع ترتّب أثره قبل تمامه ، ويمكن أن يقال : إذا قال الرّجل ، أعتقتك وأخّر التزوّج عن قوله أعتقتك فقد تمّ العتق فوقع التزوّج على الحرّة بخلاف العكس فكيف تقدّم العتق لفظاً لايقتضي ترتّب أثره وكونه بعض الكلام وكالجملة الواحدة لانفهمه إلاّ أن يكون النظر إلى ارتباطها بالتزويج حيث وقع مهراً نظير بذل الزّوجة مهرها في قبال الخلع فالعمدة الأخبار المذكورة لكن المشهور على الاشتراط و هو الأحوط ، وقد يقال :إنّ التحقيق في كون المراد من إطلاق النصّ والفتوى عتق الأمة صداقها أنّ العتق يكون بالاصداق على معنى أنّ الشارع قد شرع جعل الأمة نفسها صداقاً في تزويجها فتكون حينئذٍ مالكة نفسها وليست هي إلاّ الحرّة فيكون طريقاً مخصوصاً للعتق غير العتق

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٧٥ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٣٠٣ و الاستبصار ج ٣ ص ٢٠٩ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٧٦ .

بإيجاد الصيغة الخاصّة ضرورة أنّ ذلك بعد حصوله بسببه المعدّ له يقتضي كون الخيار بيدها إن شاءت تزوّجت وإن شاءت لاتتزوّج ، كما صرّح به في الصحيح الأوّل .

وخبر محمّد بن آدم وعزمه على جعل ذلك بعد حصوله صداقاً لا يقتضي مشروعيّته بل هو حينئذ كمن أبرأ ذمّة امرأته بصيغة الإبراء ثمّ أراد أن يجعل ذلك صدقاً لها فإنّه غير جائز قطعاً بخلاف مالوجعل مافي ذمّتها صداقاً لها فإنّه يكون حينئذ الإبراء بالاصداق نفسه فكذا هنا واستبعاد جعل الانسان نفسه صداقاً له في غير محلّه بعد النصّ .

ويمكن أن يقال : ماذكر لايستفاد من النصوص والفتاوي فلاحظ خبر عبيد بن زرارة يقول : « إذا قال الرّجل : أعتقتك الخ » وكذا صحيح ابن مسلم وكذا صحيح الحلبيّ .

وأمّا ماذكر من ضرورة أنّ ذلك الخ ، فهو في صورة تقديم العتق ومع التأخير لايتوجّه ، ومع ترجيح الأخبار الدالّة على جواز تقديم العتق نأخذ على خلاف القاعدة من جهة النصّ ، ولم نعثر على الفتوى المطابق لماذكر .

﴿ وأمّ الولد رقّ وإن كان ولدها باقياً ولومات جاز بيعها . وتنعتق بموت المولى من نصيب ولدها ولو عجز النصيب سعت في المتخلّف ولايلزم الولد السعي على الأشبه . وتباع مع وجود الولد في ثمن رقبتها إن لم يكن غيرها ﴾ .

أمّا رقيّة أمّ الولد فلا إشكال فيها لعدم مايوجب حرّيّتها و إن منع بيعها لأن تنعتق بعد موت السيّد من نصيب ولدها إن لم يف في زمان السيّد ومع موت الولد لامانع من بيعها لخروجها عن معرضيّة الانعتاق ، والأخبار المتعلّقة بالمقام منها ما في الكافي عن أبي بصير ، عن أبي عبدالله عليه السلام « في رجل اشترى جارية يطؤها فولدت له ولداً فمات ولدها ، فقال : إن شاؤا باعوها في الدّين الّذي يكون على مولاها من ثمنها وإن كان لها ولد قوّمت على ولدها من نصيبه[1] » .

وعن عمر بن يزيد ، عن أبي الحسن الأوّل عليه السلام قال : « سألته عن أمّ الولد تباع في الدّين قال : نعم في ثمن رقبتها[2] » .

(١) و (٢) الكافي ج ٦ ص ١٩٢ والتهذيب ج ٢ ص ٣١٣ .

وعن عمر بن يزيد في الصحيح قال: «قلت للصادق عليه السلام - كما في الكافي - أوقلت لأبي إبراهيم عليه السلام - كما في الفقيه - «أسألك؟ فقال: سل؛ فقلت: لم باع أمير المؤمنين عليه السلام أمّهات الأولاد؟ قال: في فكاك رقابهنّ، قلت: وكيف ذلك؟ قال: أيّما رجل اشترى جارية فأولدها ثمّ لم يؤدّ ثمنها ولم يدع من المال مايؤدّى عنها اُخذ ولدها منها وبيعت فاُدّى ثمنها، قلت: فيبعن فيما سوى ذلك من الدّين قال: لا [1]».

وفي الكافي عن يونس «في امّ ولد ليس لها ولد مات ولدها ومات عنها صاحبها ولم يعتقها هل يحلّ لأحد تزويجها؟ قال: لا هي أمة لا يحلّ لأحد تزويجها إلّا بعتق من الورثة، فإن كان لها ولد وليس على الميّت دين فهي للولد وإذا ملكها الولد فقد عتقت بملك ولدها لها وإن كانت بين شركاء فقد عتقت من نصيب ولدها وتستسعى في بقيّة ثمنها [2]».

وفي التهذيب عن أبي بصير قال: «سألت الصادق عليه السلام عن رجل اشترى جارية فولدت منه ولداً فمات، فقال: إن شاء أن يبيعها باعها وإن مات مولاها وعليه دين قوّمت على ابنها فإن كان ابنها صغيراً انتظر به حتّى يكبر، ثمّ يجبر على قيمتها، وإن مات ابنها قبل اُمّه بيعت في ميراث الورثة إن شاء الورثة [3]».

وهذه الأخبار وإن لم يكن في إسناد بعضها تصحيح أو توثيق لكن الظاهر عمل الأصحاب بمضمونها، فيظهر من صحيح عمر بن يزيد عدم جواز بيع اُمّ الولد في غير ثمنها مع عدم وجود مال يؤدّي الثمن، و به يقيّد إطلاق خبر عمر بن يزيد عن أبي الحسن عليه السلام حيث يظهر منه جواز بيعها في ثمن رقبتها ولو كان له مال غيرها، ويشكل حيث إنّ عدم وجدان مال آخر يؤدّى به ثمن رقبة امّ الولد نادراً أو يكون الغالب خلافه فكيف بنحو القانون اجيب بالجواز، فمن هذه الجهة ربما يقع التعارض بين الخبر والصحيح ويظهر من خبر يونس المروي في الكافي بيعها في بقيّة ثمنها ويظهر من الخبر المذكور جواز بيع امّ الولد في ثمن رقبتها حتّى في زمان حياة السيّد بلا اختصاص بصورة موته

---

(١) الفقيه باب امهات الاولاد تحت رقم ٦ و الكافي ج ٦ ص ١٩٣ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٩٣ و التهذيب ج ٢ ص ٣١٣ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٣١٣ .

إلّا أن يستشكل من جهة السند ، وأمّا الصحيح المذكورفلا إطلاق فيه للتعبير فيه بقوله عليه السلام على المحكي « ولم يدع من المال مايؤدّي ثمنه » حيث إنّ هذا التعبير يناسب مابعد الموت .

وأمّا مارواه في الكافي والفقيه في الصحيح عن وهب بن عبدربّه ، عن أبي‌عبدالله عليه السلام « في رجل زوّج أمّ ولد له عبداًله ، ثمّ مات السيّد ؟ قال : لاخيار لها على العبد هي مملوكة للورثة [1] » .

فلم يعمل الاصحاب بظاهره على أنّ الشيخ رواه عن أبي عبدالله عليه السلام « في رجل زوّج عبداً له من امّ ولدله ولاولدلها من السيّد ثمّ مات السيّد ـ الخ » .

وظهر من خبر يونس المذكور انعتاقام الولدبصيرورتها ملكاً لولدها بلااحتياج إلى إعتاقها من ناحية الولد .

و أمّا عدم وجوب السعي على الولد فلعدم الدّليل عليه ولم يظهر من الأخبار المذكورة واحتمال كون لفظ « تستسعى » بالتاء في خبر يونس المذكور « يستسعى » بالياء بعيد مع كون المضبوط بالتاء .

﴿ولواشترى الأمة نسيئةً ولم يترك مايقوم بثمنها فالأشبه أنّ العتق لايبطل ولايرقّ الولد ، وقيل تباع في ثمنها ويكون حملها كهيئتها لرواية هشام بن سالم .

واما البيع فإذا بيعت ذات البعل تخيّر المشتري في الإجازة والفسخ تخيّراً على الفور وكذا لوبيع العبد وتحته أمة ، وكذا قيل : لوكان تحته حرّة لرواية فيهاضعف﴾.

محلّ الكلام في ماذكر أوّلاً اشتراء الأمة مع كون ثمنها ديناً ثمّ تزوّجها وجعل المهرعتقها ثمّ إيلادها ، فالمحكيّ عن الشيخ وابني البرّاج والجنيد بيع الأمة في الدّين وعود الولد بالرّقيّة كأمّه لرواية هشام بن سالم صحيحةً عن الصادق عليه السلام في موضع من التهذيب [2] وفي آخر [3] عن أبي بصير عنه عليه السلام قال : « سئل وأنا حاضر

---

(١) الكافي ج ٦ ص ١٧٣ . والفقيه باب أمهات الاولاد تحت رقم ٢ ، واللفظ له .

(٢) المصدر ج ٢ ص ٣١١ .

(٣) المصدر ج ٢ ص ٣٠٣ .

عن رجل باع من رجل جارية بكراً إلى سنة فلمّا قبضها المشتري اعتقها من الغد و تزوّجها وجعل مهرها عتقها ، ثمّ مات بعد ذلك بشهر ، فقال أبوعبدالله عليه السلام : إن كان الّذي اشتراها إلى سنة له مال أو عقدة تحيط بقضاء ماعليه من الدّين في رقبتها فإنّ عتقه ونكاحه جائز ، وإن لم يملك مالاً أوعقدة تحيط بقضاء ماعليه من الدّين في رقبتها كان عتقه ونكاحه باطلاً لأنّه عتق مالايملك وأرى أنّها رقّ لمولاها الأوّل ، قيل له : وإن كانت علقت من الّذي أعتقها وتزوّجها ماحال ما في بطنها ؟ فقال : الّذي في بطنها مع اُمّه كهيئتها » .

قديستشكل في سندالرّواية من جهة اشتراك أبي بصيرحيث إنّ هشام بن سالم تارة يروي عن الصادق عليه السلام واُخرى عن أبي بصير المشترك بين ليث المراديّ و يحيي بن قاسم الاسدي والأوّل وإن كان ثقة إلّا أنّ الثاني لادليل على توثيقه ، وثانياً يكون مضمونها مخالفاً للقواعدالمسلّمةفيشكل الأخذ بمضمونها بتخصيص القواعد المسلّمةمن وقوع التزويج والعتق من أهلهما وفي محلّهاوحرّيّة الولد لنشوه بين حرّتين فيتبعهما.

وقال بعض الفقهاء : وقدورد في رواياتنا أنّهم عليهم السلام أمرونا بعرض مايرد علينا من أخبارهم بسائر أحكامهم ، ثمّ قبول ماواقفها وطرح ماخالفها .

و أمّا البيع فإذا بيعت ذات البعل تخيّر المشترى في الفسخ و الإجازة للاخبار المستفيضة .

منها ما رواه في الكافي في الصحيح إلى الحسن بن زياد وهو مشترك بين الثقة وغيره قال « سألت أباعبدالله عليه السلام عن رجل اشترى جارية يطؤها فبلغه أنّ لها زوجاً قال : يطؤها وإنّ بيعها طلاقها وذلك أنّهما لايقدران على شيء من أمرهما إذا بيعا[1] ».

وعن عبدالرّحمن بن أبي عبدالله في الصحيح أوالحسن قال : «سألت أباعبدالله عليه السلام عن الأمة تباع ولها زوج فقال صفقتهاطلاقها [2] » .

وعن بريدبن معاوية وبكير في الصحيح أو الحسن عن أبي جعفر و أبي عبدالله عليهما السلام قال : «من اشترى مملوكة لهازوج فإنّ بيعهاطلاقها فإن شاء المشتري فرّق بينهما

(١) و (٢) المصدر ج ٥ ص ٤٨٣ .

وإن شاء تركهما على نكاحهما [1] » .

ومارواه في الكافي والفقيه عن ابن مسلم في الصحيح عن أحدهما عليهما السلام قال: «طلاق الأمة بيعها أو بيع زوجها ، وقال في الرّجل يزوّج أمته رجلاً حرّاً ثمّ يبيعها ، قال: هو فراق فيما بينهما إلّا أن يشاء المشتري أن يدعهما [2] » .

فالأولى ترك نقل هذه الرّواية .

ومارواه في الكافي والتهذيب عن عبيد بن زرارة في الموثّق قال : «قلت لأبي عبدالله عليه السلام إنّ الناس يروون أنّ علياً صلوات الله عليه كتب إلى عامله بالمدائن أن يشتري له جارية فاشتراها و بعث بها وكتب إليه أنّ لها زوجاً؟ فكتب إليه علي عليه السلام أن يشتري بضعها ، فاشتراه ؟ فقال : كذبوا على علي عليه السلام أعليٌّ يقول هذا [3] » .

ومارواه في التهذيب في الصحيح عن محمّد بن مسلم قال : قال أبو عبدالله عليه السلام : «طلاق الأمة بيعها [4]» .

وما رواه في الفقيه عن محمّد بن الفضيل عن أبي الصباح الكناني ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « إذا بيعت الأمة ولها زوج فالّذي اشتراها بالخيار إن شاء فرّق بينهما وإن شاء تركها معه ، فإن هو تركها معه فليس له أن يفرّق بينهما بعدما رضي ، قال : و إن بيع العبد فإن شاء مولاه الّذي اشتراه أن يصنع مثل الّذى صنع صاحب الجارية فذلك له وإن هو سلّم فليس له أن يفرّق بينهما بعد ما سلّم [5] » .

ثمّ لا يخفى أنّ التعبير بأنّ بيعها طلاقها لا يراد منه ظاهره بل المراد تخيّر المشتري بين الفسخ والاجازة بقرينة الجمع بين الأمرين في بعض الاخبار المذكورة ، لكن الاقرب أن يكون الزّوج ممنوعاً عن معاملة الزّوجيّة قبل اختيار المشتري أحد الأمرين من الفسخ و الامضاء الاّ أن يقال : لعلّه من قبيل المطلّقة بالطلاق الرّجعى حيث إنّ

(١ الى٣) الكافى ج ٥ ب ٤٨٣ .

(٤) المصدر ج ٢ ص ٢١٠ .

(٥) المصدر باب طلاق العبد تحت رقم ١١ .

المرأة لم تخرج عن الزّوجيّة ، ويؤيّد هذا قوله عليه السلام في خبر أبي الصباح المذكور «إن شاء فرّق بينهما وإن شاء تركها معه» حيث يظهر منه أنّه بالتفريق يحصل الفراق ومع عدم التفريق من المشتري هما باقيان على نكاحهما .

و أمّا الفوريّة فلم يظهر وجهها من الأخبار المذكورة بل لا يبعد استفادة التراخي فإنّ هذه الأخبار يشمل ماوقع من بيع الأمة المزوّجة ، والجهل بالفوريّة ليس عذراً فمع شمول دليل التخيير صورة وقوع بيع المزوّجه يستفاد التراخي فلا حاجة إلى استصحاب الخيار حتّى يستشكل جريانه من جهة دليل لزوم النكاح والأخذ بالقدر المتيقّن في التخيص أو التقييد أو من جهة الاشكال في جريان الاستصحاب في الشبهات الحكميّة .

نعم مقتضى بعض أخبار الباب مع الرّضا بالعقد وبقاء النكاح لا خيار، هذا ولكن ادّعي الاجماع على فوريّة الخيار .

وأما صورة تزوّج العبد مع الأمة وبيعه فمقتضى رواية أبي الصباح الكناني فيها ثبوت الخيار للمشتري ويدل عليه أيضاً رواية الحسن بن زياد المذكورة .

وأمّا صورة تزوّجه مع الحرّة فمقتضى ما ذكر أيضاً ثبوت الخيار لمشتري العبد مضافاً إلى خبر محمد بن علي ، عن أبي الحسن عليه السلام « إذا تزوّج المملوك حرّة فللمولى أن يفرّق بينهما فإن زوّجه المولى حرّة فله أن يفرّق بينهما»[1] إذ ليس له التفريق إلّا بالبيع حيث إنّ الطلاق بيد العبد على المعروف و لعلّ مراد المصنّف قدّس سرّه في قوله « لرواية فيها ضعف» هذا الخبر ولكنّه لا نحتاج في الاستدلال إلى هذه الرّواية بخصوصها .

﴿ ولو كانا لمالك فباعهما لاثنين فلكلّ منهما الخيار ، و كذا لو باع أحدهما لم يثبت العقد مالم يرض كلّ واحد منهما . ويملك المولى المهر بالعقد . فإن دخل الزّوج استقرّ ، ولا يسقط لو باع . أمّا لو باع قبل الدّخول سقط . فإن أجاز المشتري كان المهر له لأنّ الإجازة كالعقد ﴾ .

---

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢١٠ .

أمّا صورة كون العبد والأمة لمالك فباعهما لاثنين فلا اشكال ولاخلاف في ثبوت الخيار للمشتريين بمقتضى الأخبار المذكورة ، ويقع الإشكال في نحواختيارهما نظير الاشكال في الخيار الموروث ، فظاهر المتن أنّ ثبوت العقد منوط برضى المشتريين فلو رضي أحدهما ولم يرض الآخر لم يثبت العقد فله الفسخ ويشكل من جهة أنّه لم يحرز كون هذا الاختيار حقّاً أو حكماً وعلى كلا التقديرين لادليل على قبول التجزية فمع فسخهما لاإشكال وكذا مع الإمضاء ، ومع الاختلاف لايبعد التمسّك بما دلّ على لزوم العقد و عدم حصول التفريق بفسخ أحدهما .

وأمّا صورة بيع أحد المملوكين فقد يقال فيها بثبوت الخيار للبايع وللمشتري ، وإثباته لهما بالأخبار المذكورة مشكل فإنّ التعبير في الأخبار بأنّ بيعها طلاقها فسّر بتخيير المشتري بين الفسخ والإجازة إلّا أن يتمسّك بذيل رواية الحسن بن زياد أعني قوله عليه السلام على المحكي «وذلك أنّهما لايقدران ـ الخ» بأن يقال كما أنّ الأمة لاتقدر على بقائها على الزّوجيّة للعبد إلّا باذن جديد كذلك العبد لايقدر على بقائه على التزوّج إلّا باذن جديد لكن هذا مبني على شرطيّة بيع كلّ من الأمة والعبد في الحاجة إلى إذن جديد بالنسبة إلى العبد والأمة ، و أمّا إذا كان شرطيّة بيع كلّ منهما في حاجه خصوص البيع الى اذن جديد ومن المعلوم أنّه مع خروج المبيع عن سلطنة البايع من جهة البيع لا مدخليّة لاذنه فيختصّ الخيار بالمشتري .

و المعروف ملكيّة المولى للمهر إذا زوّج أمته لأنّه عوض البضع الّذي هو ملك المولى فمع دخول الزّوج استقرّ المهر و ثبت للمولى ولا يسقط بالبيع الواقع بعده سواء أجاز المشتري وسواء قبض البايع شيئاً من المهر أم لا ، والوجه فيه أنّ الدّخول موجب لاستقرار المهر في الحرّة حتّى لو طلّق الزّوج والحال هذه لم يسقط من المهر شيء فالبيع أولى ، وبالجملة قد ثبت بالأدلّة استقرار المهر، وسقوطه بالبيع يحتاج إلى دليل وليس فليس، وإن كان البيع قبل الدخول فظاهرهم سقوط المهر و عدم استحقاق المولى له فإن أجاز المشتري لزم المهر فكان له لأنّ الإجازة كالعقد المستأنف وإن فسخ سقط المهر لأنّ الفرقة قبل الدّخول إذا كانت من قبل المرأة توجب سقوطه وهي هنا من المالك

للبضع فيكون بمنزلة المرأة كما لو كان من قبلها ويمكن أن يقال لانسلّم كون المهر في قبال البضع ألاترى أنّه مع تزويج الصغيرة التي ليست قابلة للاستمتاع يجب المهر بموتها نصفه أوتمامه حسب اختلاف الرّوايات مع أنّه ليس في قباله شيء ، نعم مع استحقاق الأمة المهر يكون المولى مختاراً في التصرّف فيه لكونه مالكاً لمايملك المملوك بنحو الطوليّة وتظهر الثمرة في صورة انعتاق المملوك وعدم تصرّف المولى في المهر فعلى هذا يكون المهر ملكاً للمرأة المنعتقة ، هذا والظاهر أنّه خلاف المشهور .

و أمّا ماذكر من أنّه إذا كان البيع قبل الدّخول فظاهرهم عدم استحقاق المولى البايع للمهر الخ فوجهه أنّه بعد ماكان الفسخ موجباً لكون العقد الواقع كأن لم يكن فسواء كان المهر عوضاً أوشرطاً خرج عن ملك من ملكه ولايقاس المقام بالطلاق قبل الدّخول أو الموت قبله ولا بالفسخ بعد الدّخول لما دلّ في الطلاق والموت وصورة الدّخول على استحقاق المهر و إن كان ظاهر مادلّ على ثبوت المهر بالدّخول ثبوته لما استحلّ فرجها لاالمالك ، وأمّا لوباع السّيد قبل الدّخول وأجاز المشتري فمقتضى القاعدة كون المهر للمولى الأوّل البايع لاالمشتري لحصول الملكيّة بالعقد للمولى البايع على المشهور والمفروض إمضاء المشتري وماذكر من أنّ الاجازة كالعقد لم يظهر وجهه .

﴿وأمّا الطلاق فإذاكانت زوجة العبد حرّة أو أمة لغير مولاه فالطلاق بيده وليس لمولاه إجباره ولو كانت أمة لمولاه كان التفريق إلى المولى ولا يشترط لفظ الطلاق﴾ .

أمّا صورة كون زوجة العبد حرّة أو أمة لغير مولاه بعدما كان التزوّج بإذن المولى ابتداءً أو استدامة ففيها الطلاق بيد العبد على المشهور للنبويّ « الطلاق بيدمن أخذ بالساق » وخبر ليث المرادي « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن العبد هل يجوز طلاقه ؟ فقال : إن كان أمتك فلا ، إنّ الله عزّوجلّ يقول « عبداً مملوكا لايقدر على شيء » وإن كان من قوم آخرين أو حرّة جازطلاقه [1] » .

والكناني عنه أيضاً « إذا كان العبد وامرأته لرجل واحد فالمولى يأخذها إذاشاء وإذا شاء ردّها وقال : لايجوزطلاق العبد إذاكان هووامرأته لرجل واحد إلّا أن يكون

---

(١) الكافي ج ٦ ص ١٦٨ .

العبد لرجل والمرأة لرجل و تزوّجها باذن مولاه و إذن مولاها فان طلّق و هو بهذه المنزلة فان طلاقه جائز [١] ».

وخبر عبدالله بن سنان في الموثّق عنه أيضاً « سألته عن رجل تزوّج غلامه جارية حرّة فقال : «الطلاق بيد الغلام ، فان تزوّجها بغير إذن مولاه فالطلاق بيد المولى [٢] ».

وخبر أبي بصير «سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرّجل يأذن لعبده أن يتزوّج الحرّة أو أمة قوم ، الطلاق إلى السيّد أو إلى العبد ؟ قال : الطلاق إلى العبد [٣] ».

وعن عليّ بن يقطين في الموثّق عن العبد الصالح عليه السلام قال : « سألته عن رجل تزوّج غلامه جارية حرّة ، فقال : الطلاق بيد الغلام ، و سألته عن رجل زوّج أمته رجلاً حرّاً فقال : الطلاق بيد الحرّ [٤]».

ومع كون الطلاق بيد العبد ليس للمولى إجباره إلّا أن يقال : لا مانع من كون الطلاق بيد العبد وللمولى إجباره على الطلاق كاجبار الحاكم المحتكر على بيع الطعام ، لكنّه لا دليل بالخصوص على جواز الاجبار و المولويّة و العبوديّة لا يقتضيان جواز الاجبار في كلّ أمر .

وفي قبال هذه الأخبار ما يخالفها منها صحيح العجليّ عن أبي جعفر وأبي عبدالله عليهما السلام «في العبد المملوك ليس له طلاق إلّا باذن مولاه [٥]» .

وصحيح زرارة عنهما عليهما السلام أيضاً « المملوك لا يجوز طلاقه ولا نكاحه إلّا باذن سيّده ،قلت : فان كان السيّد زوّجه بيد من الطلاق؟ قال : بيد السيّد « ضرب الله مثلاً عبداً مملوكا لا يقدر على شيء » أ الشيء الطلاق [٦] » .

و صحيح البجليّ ، عن أبي إبراهيم عليه السلام « سألته عن الرّجل يزوّج عبده أمة ثمّ يبدوله فينتزعها منه بطيبة نفسه أيكون ذلك طلاقاً ؟ قال : نعم لأنّ طلاق المولى

---

(١) و (٢) و (٣) و (٤) الكافي ج ٦ ص ١٦٨ .

(٥) التهذيب ج ٢ ص ٢١٠ و الاستبصار ج ٣ ص ٢٠٦ .

(٦) الفقيه باب طلاق العبد تحت رقم ٢ .

هو طلاقها ، ولا طلاق للعبد إلّا بإذن مولاه» [١] .

و صحيح العقرقوفيّ عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « سئل و أنا عنده أسمع من طلاق العبد قال : ليس له طلاق ولا نكاح أمّا تسمع الله يقول « عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء » قال : لا يقدر على نكاح ولا طلاق إلّا بإذن مولاه » [٢] .

ولا يخفى عدم إمكان الجمع بين الطائفتين و لعلّ الترجيح مع الطائفة الثانية لموافقة الكتاب .

و قد يرجّح الطائفة الاُولى من جهة الشهرة والأخصيّة ، أمّا الشهرة بحسب الفتوى فليست من المرجّحات و أمّا الأخصيّة فلم أفهم كيف يكون مرجّحة بل مع الأخصيّة يجمع بين الخاصّ والعامّ بالتخصيص وهذا غير ممكن في المقام فإنّه لامجال لحمل الطائفة الثانية على خصوص تزوّج العبد أمة المولى لأنّه حمل للمطلق على الغير الغالب ، مضافاً إلى إباء خبر محمّد بن عليّ عن أبي الحسن عليه السلام قال : « إذا تزوّج المملوك حرّة فللمولى أن يفرّق بينهما و إن زوّجه المولى فله أن يفرّق بينهما » [٣] .

و يظهر ممّا روى العيّاشي في تفسيره بسنده فيه عن الحسين بن زيد بن عليّ ، عن جعفر بن محمّد عليهما السلام قال : « عليّ بن أبي طالب عليه السلام يقول : ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء » و يقول : للعبد لا طلاق ولا نكاح ذلك إلى سيّده والناس يرون خلاف ذلك إذا أذن السيّد لعبده لا يرون له أن يفرّق بينهما » خروج الطائفة الاُولى مخرج التقيّة . وأمّا صورة كون الأمة لمولى العبد فلاإشكال فيها في إنّ الطلاق بيد المولى والطائفتان من الأخبار متطابقتان بل للمولى التفريق بغير الطلاق .

ويدلّ عليه صحيح ابن مسلم «سئل الباقر عليه السلام عن قول الله عزّ وجلّ «والمحصنات من النساء إلّا ما ملكت أيمانكم » قال : هو أن يأمر الرّجل عبده و تحته أمة فيقول: اعتزل امرأتك ولا تقربها ثمّ يحبسها عنه حتّى تحيض ثمّ يمسّها » [٤] .

(١و٢) التهذيب ٢ ص ٢١٢ والاستبصار ج ٣ ص ٢١٥ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢١٠ والاستبصار ج ٣ ص ٢٠٦ .

(٤) « « ص ٢١٢ والكافي ج ٥ ص ٤٨١ .

﴿ النظر الثاني في الملك و هو نوعان الأوّل ملك الرقبة ولا حصر في النكاح به و إذا زوّج أمة حرمت عليه وطءاً ولمساً و نظراً بشهوة مادامت في العقد و ليس للمولى انتزاعها ، ولو باعها تخيّر المشتري دونه ، ولا يحلّ لأحد الشريكين وطى المشتركة ، و يجوز ابتياع ذوات الأزواج من أهل الحرب و أبنائهم و بناتهم ﴾ .

لا خلاف في عدم انحصار النكاح بملك اليمين في عدد و يدلّ عليه صحيحة ابن أذينة عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « قلت كم يحلّ من المتعة ؟ قال : فقال: هنّ بمنزلة الإماء » (١).

و حسنة إسماعيل بن الفضل ، عن أبي عبد الله عليه السلام فيما أخبر به ابن جريج في أحكام المتعة قال : «ليس فيها وقت ولا عدد إنّما هي بمنزلة الإماء» (٢).

و في حديث أحمد بن محمّد بن أبي نصر ، عن أبي الحسن عليه السلام في حديث المتعة حكى زرارة عن أبي جعفر « إنّما هي مثل الإماء يتزوّج ما شاء » (٣) .

والحكم المذكور مختصّ بالرّجال ، أمّا النساء فإنّ الملك فيهنّ ليس طريقاً إلى حلّ الوطي ، و روى ابن بابويه في الصحيح ، عن العلاء ، عن محمّد بن مسلم عن أبي جعفر عليهما السلام قال : « قضى أمير المؤمنين عليه السلام في امرأة مكّنت نفسها عبداً لها أن يباع بصغر منها و يحرم على كلّ مسلم أن يبيعها عبداً مدركاً بعد ذلك » (٤) .

و روي الكليني الرّواية المذكورة بعينها وزاد فيها « أنّها تضرب مائة و يضرب العبد خمسين » (٥) .

و أمّا حرمة وطي المملوكة المزوّجة و لمسها والنظر إليها بشهوة فلا خلاف فيها و يدلّ عليها الأخبار منها خبر مسمع عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال أمير المؤمنين عليه السّلام : عشر لا يجوز نكاحهنّ ولا غشيانهنّ - إلى أن عدّ منها - أمتك ولها

(١و٢) الكافي ج ٥ ص ٤٥١ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ١٨٨ .

(٤) الفقيه باب احكام المماليك والاماء من كتاب النكاح تحت رقم ١٧ .

(٥) الكافي ج ٥ ص ٤٩٣ .

زوج » و نحوه الآخر بزيادة « و هي تحته » (١) .

و خبر مسعدة بن زياد عن أبي عبد الله عليه السلام « يحرم من الإماء عشر ـ إلى أن قال : ـ ولا أمتك ولها زوج ولا أمتك و هي في عدة » (٢) .

و صحيح عبد الرحمن بن الحجاج « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل زوج مملوكته عبده فتقوم عليه كما كانت عليه فرآه منكشفاً أو يراها على تلك الحال فكره ذلك وقال قد منعني أن ازوج بعض خدمي غلامي لذلك » (٣) .

و صحيح عبيد عنه عليه السلام أيضاً « عن الرجل يزوج جاريته هل ينبغي له أن ترى عورته قال : لا و أنا أتقي ذلك من مملوكتي إذا زوجتها » (٤) .

و بعد تسلم الحكم عند المتشرعة لامجال للخدشة في دلالة الأخبار ، ومع تزويج الأمة بغير عبده لا يجوز له انتزاعها لأن الطلاق ليس بيده ولو كان الزوج مملوكاً لغيره ليس الاختيار بيده ، و مع بيع الأمة يكون الخيار بيد المشتري كما سبق الكلام .

و أما عدم حلية وطي أحد الشريكين فيدل عليه موثق سماعة «سألته عن رجلين بينهما أمة فزوجاها من رجل ثم إن الرجل اشترى بعض السهمين قال : حرمت عليه باشترائه إياها و ذلك أن بيعها طلاقها إلا أن يشتريها من جميعهم » (٥) .

والمستفاد من هذا الموثق أمران أحدهما بطلان التزويج من جهة اشترائه الجارية ، والثاني عدم كفاية ملكية بعض الجارية في حلية وطيها ولا يبعد استفادة الحكم من الآية الشريفة « والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ماملكت أيمانهم » بدعوى أن الظاهر لزوم مملوكية الكل لا البعض .

و أما جواز ابتياع ذوات الأزواج من أهل الحرب و أبنائهم و بناتهم فادعي

(١و٢) التهذيب ج ٢ ص ٣٠٢ . والفقيه احكام المماليك تحت رقم ٤ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٨٠ . والتهذيب ج ٢ ص ٣٠٢ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٥٥٥ .

(٥) روى صدره الكليني ج ٥ ص ٤٨٢ وتمامه ٤٨٤ .

الإجماع عليه و علّل بأنّهم فيىء للمسلمين يجوز استنقاذه بكلّ وجه فالملك المترتّب عليه بالاستيلاء حقيقة لا بالابتياع ولازم هذا عدم جواز التصرّف فيما أخذ الحربي من المسلم بمثل البيع لأنّه ما صار ملكاً له فكيف يجوز أخذه منه ، نعم يمكن الاستدلال لفساد البيع بما دلّ على عدم تملّك الأب لأبنائه وبناته لو كان البايع الأب أمّا لو كان البايع غير الأب أو كان زوجاً فلا إشكال من هذه الجهة فالاولى الاستدلال بالأخبار .

منها ما رواه الشيخ بإسناده عن ابن بكير عن عبدالله اللّحام قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرّجل يشتري امرأة الرّجل من أهل الشرك يتّخذها أمة ؟ قال : لا بأس » (١) .

و ما رواه الشيخ عن عبد الله بن بكير عن عبدالله اللّحام قال : « سألت أباعبدالله عليه السّلام عن رجل يشتري من أهل الشرك ابنته فيتّخذها أمة ؟ قال : لا بأس» (٢) .

و ما رواه الشيخ عن إسماعيل بن الفضل قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن سبي الأكراد إذا حاربوا و من حارب من المشركين هل يحلّ نكاحهم و شراؤهم ؟ قال : نعم » (٣) .

﴿ ولو ملك الأمة فأعتقها حلّ له وطيها بالعقد و إن لم يستبرئها ولا تحلّ لغيره حتّى تعتدّ كالحرّة و يملك الأب موطوءة ابنه و إن حرم عليه وطيها و كذا الابن ﴾ .

أمّا جواز الوطى بالعقد بدون الاستبراء ففي بعض الكلمات لا خلاف فيه ظاهراً و يدلّ عليه الأخبار منها صحيح محمّد بن مسلم عن الباقر عليه السلام « في الرّجل يشتري الجارية ، ثمّ يعتقها و يتزوّجها هل يقع عليها قبل أن يستبرء رحمها ؟ قال : يستبرء رحمها بحيضة ، قال : قلت : و إن وقع عليها ؟ قال : لا بأس » (٤) .

و نحوه خبر عبيد (٥) و أبي العبّاس (٦) عن الصادق عليه السلام و يستفاد من هذا

---

(١) التهذيب ج ٢ ص ٣٠٢ .

(٢و٣) » » » .

(٤و٥و٦) التهذيب ج ٢ ص ٢٩٦ والاستبصار ج ٣ ص ٣٦١ .

الصحيح أفضليّة الاستبراء كما ذكر في الشرايع .

و يمكن أن يقال مع العلم بوقوع الوطي المحترم لها يشكل الحكم بالجواز و لذا قيّد العلاّمة و غيره جواز الوطي بغير هذه الصورة مع إيجاب الاستبراء في هذه الصورة فإنّ المستفاد من تتبّع الأخبار لزوم الاستبراء ، و لذا اشتهر عدم اختصاص وجوب الاستبراء بمورد الأخبار الدّالة عليه فيقيّد بما ذكر ما دلّ بإطلاقه على عدم وجوب الاستبراء .

و أمّا عدم الحلّيّة للغير بدون الاعتداد فيدلّ عليه صحيح زرارة « سألت أباعبدالله عليه السلام عن رجل أعتق سريّة أله أن يتزوّجها بغير عدّة ؟ قال : نعم ، قلت : فغيره قال: لا حتّى تعتدّ ثلاثة أشهر »[1] .

و نحوه الصحيح الآخر عنه عليه السلام لكن الظاهر تقييده بصورة عدم العلم بعدم الوطي ، و أمّا مع العلم بعدمه فلامقتضى للاعتداد ، ومع الجهل وإن كان مقتضيالأصل عدم الوطي لكنّه يمكن إيجاب الاعتداد للاحتياط على خلاف الأصل .

و أمّا جواز تملّك الأب موطوءة ابنه و بالعكس مع حرمة الوطي فلا إشكال فيه و قد مضى الكلام فيه في ضمن السبب الثالث في المصاهرة .

﴿ النوع الثاني ملك المنفعة و صيغته أن يقول : أحللت لك وطيها أو جعلتك في حلّ من وطيها . ولم يتعدّهما الشيخ واتّسع آخرون بلفظ الإباحة ، ومنعالجميع لفظ العارية ، و هل هو إباحة أو عقد ؟ قال علم الهدى : هو عقد متعة . و في تحليلأمة المملوكة تردّدٌ ، و مساواته بالأجنبي أشبه ﴾ .

المعروف بين الأصحاب صحّة تحليل المولى وطي أمته لغيره قال ابن إدريس ـ قدّس سرّه ـ « إنّه جائز عند أكثر أصحابنا المحصّلين وبه تواتر الأخبار ـ انتهى » .

و من الاخبار الواردة في المقام ما رواه الكليني والشيخ ـ قدّس سرّهما ـ في الصحيح عن الفضيل بن يسار قال : « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : جعلت فداك إنّ بعض

---

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٩٥ . و رواه الكليني ج ٥ ص ٢٧٦ من رواية الحلبي عنه عليه السلام .

أصحابنا قد روى عنك أنّك قلت : إذا أحلّ الرّجل لأخيه جاريته فهي له حلال ؟ فقال : نعم يافضيل ، قلت له : فما تقول في رجل عنده جارية نفيسة وهي بكر أحلّ لأخيه مادون فرجها أله أن يفتضّها؟ قال : لا ليس له إلّا ما أحلّ له ولو أحلّ له قبلة منها لم تحلّ له ما سوى ذلك ، قلت : أرأيت إن أحلّ له مادون الفرج فغلبته الشهوة فافتضّها؟ قال: لا ينبغي له ، قلت : فإن فعل أيكون زانياً ؟ قال : لا ، و لكن يكون خائناً و يغرم لصاحبها عشر قيمتها » و زاد في الكافي «إن كانت بكراً و إن لم تكن بكراً فنصف عشر قيمتها ـ الحديث » [1] .

و ما رواه في الكافي عن أبي بصير ـ وهو مشتركٌ ـ قال : «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن امرأة أحلّت لابنها فرج جاريتها ؟ قال : له حلال ـ الحديث » [2] .

و في الصحيح عن ضريس بن عبد الملك عن أبي عبدالله عليه السلام « في الرّجل يحلّ لأخيه جاريته و هي تخرج في حوائجه ، قال : هي له حلالٌ » [3] إلى غيرها .

و ظاهر الأخبار صحّة التحليل بأيّ صيغة كانت بعد الفراغ عن عدم كفاية مجرّد التراضي حيث ادّعى على عدم الكفاية الإجماع ، وقد أجمعوا على الجواز بلفظ التحليل لأنّه هو الوارد في النصوص فيصحّ بقوله : أحللت لك وطي فلانة ، أو جعلتك في حلٍّ قاصداً به الإنشاء ، و اختلفوا في لفظ الإباحة و ينبغي الاحتياط كما مرّ الكلام فيه في صيغة النكاح و إن كان مقتضى الأخبار كفاية صدق التحليل باللّفظ و لو لم يكن بصيغة الماضي أو كان بالجملة الاسميّة بعد المنع عن لفظ العارية .

وأمّا الكلام في أنّ التحليل هل هو إباحة أو عقد متعة ؟ و بعبارة اُخرى هل هو عقد نكاح أو عقد تمليك منفعة فهو من جهة أنّ المستفاد من الآية الشريفة « والّذين هم لفروجهم حافظون إلّا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنّهم غير ملومين و من ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون » و يمكن أن يقال : عمومات و إطلاقات الكتاب

(١) التهذيب ج ٢ ص ١٨٤ . والكافي ج ٥ ص ٤٦٨ .

(٢) المصدر ج ٥ ص ٤٦٨ .

(٣) المصدر ج ٢ ص ١٨٤ .

الكريم قابلة للتخصيص والتقييد ألا ترى قوله تعالى بعد ذكر المحرّمات « وأُحلّ لكم ما وراء ذلكم » قد خصّص بالمحرّمات المذكورة في الأخبار و يشكل اندراج المحلّلة لهفي ما ملكت أيمانهم فإنّ المحلّل له ما يملك عين المملوكة و كيف يستفاد من تحليل مثلي التقبيل واللّمس والنظر بشهوة ملكيّة منافع المملوكة مع أنّ لازم هذا تغريم من حبّس الجارية المملوكة بهذا المقدار ولاأظنّ أن يلتزم به ، وبعبارة اُخرى أمثال ماذكر لا تعدّ من منافع الجارية بل الوطي أيضاً غاية الأمر دلّ الدّليل على العقر بنصف عشر القيمة أو العشر تعبّداً .

وأمّا تحليل المالك أمته لعبده فيستفاد منعه من صحيح عليّ بن يقطين أنّه «سئل الكاظم عليه السلام عن المملوك تحلّ له أن يطأ الأمة من غير تزويج إذا أحلّ له مولاه ؟ قال : لا تحلّ له » (١) .

و يستفاد جوازه من خبر فضيل مولى راشد « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : لمولاي في يدي مال فسألته أن يحلّ لي ما أشترى من الجواري ، فقال : إن كان يحلّ لك أن اُحلّ لك فهوحلال ، فسألت أبا عبد الله عليه السلام عن ذلك فقال : إن كان أحلّ لك جارية بعينها فهو لك حلالٌ و إن قال : اشتر منهنّ ما شئت فلا تطأمنهنّ شيئاً إلّا ما يأمرك إلّا جارية يراها فيقول هي لك حلالٌ و إن كان لك أنت مال فاشتر من مالك ما بدالك » (٢) .

و قد تحمل صحيحة عليّ بن يقطين على التقيّة لاعتضاد رواية الجواز بالأخبار الدالّة على جواز تسرّي العبد الجواري بإذن المولى منها ما رواه في الكافي والتهذيب عن زرارة عن أحدهما عليهما السلام قال : « سألته عن المملوك كم يحلّ له أن يتزوّج قال : حرّتان أو أربع إماء ، قال : ولا بأس إن كان في يده مالٌ و كان مأذوناً في التجارة أن يتسرّى ما شاء من الجواري و يطأهنّ » (٣) .

---

(١) التهذيب ج ٢ ص ١٨٢ والاستبصار ج ٣ ص ١٢٨ .

(٢) « « « «

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٧٧ والتهذيب ج ٢ ص ١٩٨ .

و ما رواه في الكافي عن إسحاق بن عمّار قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المملوك يأذن له مولاه أن يشتري من ماله الجارية والثنتين والثلاث و رقيقه له حلال؟ قال : يحدّ له حدّاً لا يجاوزه » (١) .

وما رواه في الكافي والتهذيب عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال : «إذا أذن الرّجل لعبده أن يتسرّى من ماله فإنّه يشتري كم شاء بعد أن يكون قد أذن له » (٢) .

و يمكن أن يقال : يشكل اعتضاد رواية الجواز بما ذكر من الأخبار فإنّ المال المذكور في الرّواية الأولى إن كان للمولى فمجرّد الإذن في التجارة لا يوجب حلّيّة وطي الجواري و إن كان للعبد و كان مأذوناً في التجارة فلا ربط له بمقامنا ، والرّواية الثانية يمكن أن يكون الضمير في من ماله الجارية راجعاً إلى المملوك فلا ربط له بمقامنا و يقرّب هذا الاحتمال أنّه لا مجال لاحتمال حليّة الجارية بمجرّد الإذن للمملوك في الإشتراء حتّى يحتاج إلى السؤال و على فرض الرّجوع إلى المولى يشكل الاكتفاء في التحليل بهذا النحو كان يقول : اشتر جارية و أحللت لك وطيها بل المستفاد من رواية الفضيل المذكورة لزوم التعيين .

و ممّا ذكر ظهر الإشكال في الاستفادة من الرّواية الثالثة نعم لا يبعد حمل صحيح ابن يقطين المذكور على التقيّة لأنّ المنع مذهب العامّة كما قالوا .

﴿ و لو ملكت بعض الأمة فأحلّته نفسها لم يصحّ و في تحليل الشريك تردّد والوجه المنع ، و يستبيح ما يتناوله اللّفظ ، فلو أحلّ التقبيل اقتصر عليه وكذا اللّمس لكن لو أحلّ الوطي حلّ له مادونه ﴾ .

أمّا عدم الصّحة في صورة ملكيّة بعض الأمة و إحلالها نفسها فلما رواه الكليني والشيخ في باب السراري وملك الأيمان في الصحيح عن الحسن بن محبوب ، عن عليّ بن رئاب ، عن محمّد بن قيس قال : سألت أباجعفر عليه السلام . ورواه الصدوق في الصحيح أيضاً عن الحسن بن محبوب عن ابن رئاب ، عن محمّد بن مسلم ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : «سألته عن

(١) و (٢) الكافي ج ٥ ص ٤٧٧ والتهذيب ج٢ ص ١٩٨ .

جارية بين رجلين دبّراها جميعاً ، ثمّ أحلّ أحدهما فرجها لشريكه ؟ قال : هي له حلالٌ وأيّهما مات قبل صاحبه فقد صار نصفها حرّاً من قبل الّذي مات و نصفها مدبّرة ، قلت : أرأيت إن أراد الباقي منهما أن يمسّها أله ذلك ؟ قال : لا إلّا أن يثبت عتقها ويتزوّجها برضا منها متى ما أراد ، قلت : له أليس قد صار نصفها حرّاً وقد ملكت نصف رقبتها والنصف الآخر الباقي منهما ؟ قال : بلى ، قلت : فإن هي جعلت مولاها في حلٍّ من فرجها وأحلّت ذلك له؟ قال : لا يجوز له ذلك ، قلت : لم لا يجوز لها ذلك وكيف أجزت للّذي له نصفها حين أحلّ فرجها لشريكه منها ؟ قال : لأنّ الحرّة لا تحلّ فرجها ولا تعيره ولا تحلّله و لكن لها من نفسها يوم و للّذي دبّرها يوم ، فإن أحبّ أن يتزوّجها متعة بشيء في ذلك اليوم الّذي تملك فيه نفسها فيتمتّع منها بشيء قلّ أو كثر » (١) .

وهذا الصحيح دليل على صحّة تحليل الشريك ولعلّ المنع من جهة ضعف السند بنظرهم لكنّه بعد ملاحظة صحّة السند كما في الحدائق لا مانع من العمل به .

و أمّا استباحة ما يتناوله اللّفظ بل ما يشهد الحال بدخوله تحته في الإرادة على حسب غيره من العقود والاقتصار فلأصالة الحرمة في ملك الغير بل أصالة الحرمة في النساء ، فلو أحلّ التقبيل اقتصر عليه و كذا اللّمس ، لكن لو أحلّ الوطى حلّ له ما دونه للفهم العرفيّ المؤيّد بقول الصادق عليه السلام في خبر ابن عطيّة « إذا أحلّ الرّجل للرّجل من جاريته قبلة لم يحلّ له غيرها ، و إن أحلّ له الفرج حلّ له جميعها »(٢) إلّا أن يصرّح بالمنع فيما زاد على ما يتوقّف عليه الوطي ومعه يقتصر عليه أيضاً لإطلاق النصوص الدّالة على أنّه ليس له إلّا ما أحلّ له ، فعن فضيل بن يسار « قلت لأبي عبدالله عليه السلام: جعلت فداك إنّ بعض أصحابنا قد روى عنك أنّك قلت: إذا أحلّ الرّجل جاريته فهي له حلال ، فقال : نعم يا فضيل ، قلت : فما تقول في رجل عنده جارية له نفيسة و هي بكر أحلّ لأخيه ما دون فرجها أله أن يفتضّها ؟ قال : لا ليس له إلّا ما أحلّ له منها ولو أحلّ له قبلة منها لم يحلّ له ماسوى ذلك ، قلت : أرأيت إن أحلّ

---

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٨٢ . والتهذيب ج ٢ ١٨٥ و٣٠٣ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ١٨٤ والكافي ج ٥ ص ٤٧٠ .

له مادون الفرج فغلبته الشهوة فافتضّها ؟ قال : لاينبغي له ذلك ، قلت: فإن فعل يكون زانياً ؟ قال : لا ولكن يكون خائناً ويغرم لصاحبها عشر قيمتها إن كانت بكراً وإن لم تكن فنصف عشر قيمتها » (١) .

و في خبر هشام بن سالم و حفص بن البختري عن أبي عبدالله عليه السلام « في الرّجل يقول لامرأته أحلّي لي جاريتك فإنّي أكره أن تراني منكشفاً فتحلّها له ، قال : لاتحلّ له منها إلاّ ذاك وليس له أن يمسّها ولا أن يطئها » (٢) إلى غير ما ذكر .

و يمكن أن يقال : خبر ابن عطيّة المذكور مع فرض تماميّته من حيث السند مخصّص للأخبار الدّالّة على الاقتصار ولا بعد في التخصيص ألا ترى أنّه في خبر فضيل لم يحكم بكونه زانياً مع أنّه لم يحلّل له إلّا أنّه لا يشمل صورة التصريح بالمنع .

﴿ ولو أحلّ الخدمة لم يتعرّض للوطى و كذا لا يستبيح بتحليل الوطى ، وولد المحلّلة حرّ فإن شرط الحرّيّة في العقد فلاسبيل على الأب وإن لم يشترط ففي إلزامه قيمة الولد روايتان أشهرهما أنّها لاتلزم ، ولا بأس أن يطأ الأمة وفي البيت غيره ، وأن ينام بين الأمتين ، و يكره في الحرائر ، و كذا يكره وطي الفاجرة و من ولدت من الزّنا ﴾ .

مقتضى القاعدة والأخبار الاقتصار بما أحلّ المولى فمع إحلاله لخصوص الخدمة ليس لمن أحلّ له الخدمة التجاوز ، كما أنّه مع تحليل الوطى ليس له الاستخدام لأنّه تصرّف في ملك الغير بدون إذن المالك ، وخبر ابن عطيّة ظاهرٌ فيما يكون مرتبطاً بالوطى من مقدّماته .

وولد المحلّلة حرٌّ مع حرّيّة من أحلّت له ويدلّ عليه عموم الأخبار الدّالّة على تبعيّة الولد للحرّ من الأبوين وخصوص صحيح زرارة قال للباقر عليه السلام : « الرّجل يحلّ لأخيه جاريته قال: لابأس به قال : قلت : فإنّها جاءت بولد ، قال: ينضمّ إليه ولده ويردّ الجارية إلى صاحبها ، قلت : إنّه لم يأذن له في ذلك ؟ قال : إنّه قد أذن له وهولايأمن

---

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٦٨ والتهذيب ج٢ ص ١٨٤ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٦٩ و التهذيب ج ٢ ص ١٨٤ .

أن يكون ذلك [١] » ونحوه الصحيح الآخر والصحيح أو الحسن « الرّجل يحلّ جاريته لأخيه وحرّة أحلّت جاريتها لأخيها ؟ قال : يحلّ له من ذلك ما أحلّ له ، قلت : فجاءت بولد ؟ قال : يلحق بالحرّ من أبويه [٢] » .

ثمّ إنّه لا خلاف ظاهراً في أنّه مع شرط الحرّيّة للولد لا سبيل على الأب ومع عدم الشرط حكي عن الشيخ - قدّس سرّه - يجب على أبيه فكّه بالقيمة والمشهور أنّه لا يجب ويدلّ على قول الشيخ صحيح يونس بن عبد الملك « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : الرّجل يحلّ لأخيه فرج جاريته وهي تخرج في حوائجه قال : هو له حلال ، قلت : فإن جاءت بولد منه ما يصنع به ؟ فقال : هو لمولى الجارية إلّا أن يكون قد اشترط على مولى الجارية حين أحلّها له إن جاءت بولد فهو حرّ ، قلت : فيملك ولده ؟ قال : إن كان له مال اشتراه بالقيمة [٣] » .

وصحيح الحسن بن زياد العطّار « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن عارية الفرج ، فقال لا بأس ، قلت: فإن كانت أتت منه بولد ؟ فقال : لصاحب الجارية إلّا أن يشترط عليه [٤] ».

ورواية إبراهيم بن عبد الحميد ، عن أبي الحسن عليه السلام « في امرأة قالت لرجل: فرج جاريتي لك حلال ، فوطئها فولدت ولداً ؟ قال : يقوّم الولد عليه [٥] » .

ثمّ لا يخفى التعارض بين الأخبار ولا مجال للجمع بحمل الأخبار السابقة على صورة الاشتراط كما لا يخفى والشهرة بحسب الفتوى لا تكون مرجّحة ولا يبعد ترجيح الأخبار السابقة من جهة الموافقة مع الأخبار الدّالّة على حرّيّة الولد بين الحرّ والمملوك ، وتلك الأخبار وإن كانت أكثرها في مورد التزويج لكن بعضها مطلق ومافيه السؤال الراجع

---

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٦٩ و التهذيب ج ٢ ص ١٨٥ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ١٨٥ والاستبصار ج ٣ ص ١٣٩ .

(٣) » » » » » ص ١٣٩ .

(٤) » » » » » ص ١٣٨ و ١٤١ .

(٥) » » » » » ص ١٤٠ .

إلى التزويج يمكن فيه الأخذ بإطلاق الجواب بناء على أنّ وجود القدر المتيقّن في التخاطب لايضرّ بالاطلاق .

وامّا جواز وطي الأمة و في البيت غيره فيدلّ عليه صحيح ابن أبي يعفور عن الصادق عليه السلام « في الرّجل ينكح الجارية من جواريه و معه في البيت من يرى ذلك و يسمعه ؟ قال : لا بأس [1] » .

ولعلّ نظر السائل إلى الكراهة و إلّا فمن المقطوع عدم الحرمة ولا يبعد خفّة الكراهة في موردالسؤال بملاحظة ماورد من النهي عن الوطي وفي البيت صبيّ . والخبر «لا يجامع الرّجل امرأته ولا جاريته وفي البيت صبيّ [2] » .

وأمّاجواز أن ينام بين أمتين فلمرسل ابن أبي نجران « انّ أبا الحسن عليه السلام كان ينام بين جاريتين [3] » .

والمشهوركراهته بين الحرّتين ولم يظهر وجهها سوى الشهرة بين الأصحاب مع أنّ في الخبر « لابأس أن ينام الرّجل بين أمتين و الحرّتين إنّما نساؤكم بمنزلة اللّعب [4] » .

وأمّا كراهة وطي الفاجرة ومن ولدت من الزّنا فاستدلّ عليها بمخالفةظاهر الآية الشريفة«الزّانية لا ينكحها إلّا زان أو مشرك» وخبرالحلبيّ عن الصادق عليه السلام «سألته عن الرّجل يكون له الخادم و لدزناً عليه جناح أن يطأها ؟ قال : لاوإن تنزّه عن ذلك فهو أحبّ إليّ [5] » .

﴿ ويلحق بالنكاح النظر في أمور خمسة الاوّل في العيوب والبحث في أقسامها و

---

(۱) التهذيب ج ۲ ص ۳۰۵ .

(۲) الكافي ج ۵ ص ۴۹۹ . و التهذيب ج ۲ ص ۲۳۰ .

(۳) التهذيب ج ۲ ص ۲۴۲ .

(۴) الكافي ج ۵ ص ۵۶۰ و التهذيب ج ۲ ص ۲۴۹ .

(۵) الكافي ج ۵ ص ۳۵۳ .

أحكامها :عيوب الرّجل أربعة : الجنون ، والخصاء ، والعنن ، والجبّ ﴾ .

أمّا الجنون فلا خلاف في كونه من عيوب الرّجل في الجملة ويدلّ عليه ماروواه المشايخ الثلاثة عن عليّ بن أبي حمزة قال : «سئل أبو إبراهيم عليه السلام عن المرأة يكون لها زوج وقد اُصيب في عقله بعد ما تزوّجها أو عرض له جنون فقال : لها أن تنزع نفسها منه إن شاءت[1] » ، قال في الفقيه بعد أن أورد هذه الرواية : « و روي في خبر آخر إن بلغ الجنون مبلغاً لا يعرف أوقات الصلاة فرّق بينهما وإن عرف أوقات الصلاة فلتصبر المرأة معه فقد ابتليت[2] » .

و ادّعي الاجماع على أنّ الجنون قبل العقد موجب للخيار للمرأة سواء كان بحدٍّ لا يعرف أوقات الصلاة أولا وعلى هذا يختصّ التفصيل بصورة عروض الجنون بعد العقد كما هو المستفاد ممّا عن الفقه الرّضوى حيث قال عليه السلام على المحكي « إذا تزوّج رجلٌ فأصابه بعد ذلك جنون فبلغ به مبلغاً لا يعرف أوقات الصلاة فرّق بينهما فان عرف أوقات الصلاة فلتصبر المرأة فقد ابتليت » .

وقد يقال : إنّ اختصاص هذا التفصيل بما إذا تجدّد الجنون بعد العقد إنّما يستقيم فيما إذا كان الدّليل على الفسخ به مطلقاً في السابق و المقارن هو الاجماع و أمّا لو كان الدّليل عليه هو إطلاق صحيحة الحلبيّ عن أبي عبدالله عليه السلام «سألته عن رجل يتزوّج إلى قوم فإذا امرأته عوراء ولم يبيّنوا له ؟ قال: عليه السلام : لا يردّ إنّما يردّ النكاح من البرص والجذام والجنون والعفل - الخبر »[3] أو كان الدّليل رواية عليّ بن أبي حمزة الّتي رواها المشايخ الثلاثة المذكورة فلا وجه لاختصاص التفصيل بالمتجدّد بل يعمّ السابق والمقارن ثمّ وجّه دلالة هذه الرواية مع أنّ السؤال فيها عن الجنون العارض بعد العقد بمناسبة

---

(١) الكافي ج ۶ ص ١٥١ . والتهذيب ج ٢ ص ٢٣٣ . والفقيه في كتاب الطلاق باب الشقاق تحت رقم ٣ .

(٢) المصدر باب الشقاق تحت رقم ۴ .

(٣) الفقيه باب مايرد منه النكاح تحت رقم ۴ . و التهذيب ج٢ ص ٢٣٣ و الاستبصار ج٣ ص ٢٤٧ . والكافي ج ۵ ص ۴٠۶ .

الحكم والموضوع فإنّها قرينة على أنّ المراد من الجنون هو المطلق الشامل للسابق والمقارن أيضاً وانّ التقييد بما بعد العقد إنّما هو لعدم صحّة العقد في حال الجنون فيما كان العاقد هوالمجنون وندرة وقوعه في هذا الحال لو كان العاقد هو الولى فالتقييد بما بعد العقد محمول على الغالب فلايكون تقييداً في أصل الحكم ولافي موضوعه سيّما مع وقوعه في كلام السائل لا الإمام وضعف السند منجبر برواية المشايخ الثلاثة وكون الرّواية معمولاً بها بين الأصحاب .

ويمكن أن يقال لامجال لاستفادة الإطلاق من جهة المناسبة المذكورة لأنّ المناسبة تقتضي عدم الفرق بين الجنون البالغ إلى الحدّ المذكور وغير البالغ فكما قيّد بملاحظة المرسلة بالحدّ المذكور تعبّداً أمكن التقييد بما بعد العقد تعبّداً ، وعدم الإطلاق كاف فلانحتاج إلى التمسّك بالمحكي عن الفقه الرّضوي حتّى يستشكل من جهة عدم إحراز انتسابه إلى الرّضا صلوات الله عليه .

وأمّا الاستدلال بصحيحة الحلبيّ المتقدّمة للإطلاق فيشكل من جهة احتمال ما فيه من قوله عليه السلام على المحكي « لايردّ إنّما يردّ - الخ » مفرداً بالصيغة المبنيّ للفاعل فيرجع الضمير إلى الرّجل لابصيغته المبنيّ للمفعول حتّى يؤخذ بإطلاقه ، ثمّ إنّ ظاهر الأصحاب الاتّفاق على أنّ هذا الخيار على الفورو لعلّه من جهة كونه على خلاف الأصل أعني أصالة اللّزوم من جهة عموم «أوفوا بالعقود» ومادلّ على أنّ عقد النكاح لايقبل الإقالة ولايصحّ جعل الخيار فيه فيجب الاقتصار على القدر المتيقّن فلوعلمت بالعيب ولم تتبادر بالفسخ سقط خيارها و التأخير من جهة الجهل بالموضوع أو الحكم صرّح جماعة بعدم إسقاطه للخيار ، و استشكل بأنّ الخيار حقّ واقعيّ لايدور مدار العلم والجهل وهو في الواقع لايخلو عن كونه مجعولاً إمّا على نحو الفوريّة أو نحو الإطلاق إذ الإهمال بحسب الواقع لايتصوّر فلوكان في الواقع مطلقاً فكيف يحكم بلزوم العقد بمجرّد علمها بالعيب والخيار ولوكان مقيّداً فكيف يحكم ببقائه مع الجهل مع أنّ القول بالفوريّة واختصاصه بمقدار التمكّن مستلزم إمّا للدّور أو الجمع بين اللّحاظين لأنّ التمكّن من إعمال الخيار يتوقّف على العلم بالموضوع والحكم العيب و الخيار

فلا بدّ من تقييد الخيار بما بعدحصول العلم بهما فإن كان المراد التقييد بهما ثبوتاً يلزم الدّور وإن كان المراد التقييد بذلك بقاء بحيث يكون وجوده بقاء مغيّى بما بعد حصول العلم يلزم أن يكون العلم بالحكم مأخوذاً في غاية الحكم وهو مستلزم للجمع بين اللّحاظين لحاظ إنشاء الحكم ولحاظ الفراغ عنه في إنشاء واحد لأنّ العلم بالحكم يتوقّف على الفراغ عن إنشائه فإذا أخذ العلم به غاية له في مرحلة الإنشاء لزم الجمع بين لحاظ إنشاء الحكم ولحاظ الفراغ عنه .

ثمّ تفصّى عن هذا الإشكال بما ذكر في فوريّة خيار الغبن من أنّ الجعل والإنشاء وإن تعلّق واقعاً بالخيار مجرّداً عن ملاحظة الزّمان ولم يكن الزّمان ملحوظاً فيه في مقام الجعل لا بنحو الإطلاق ولا بنحو التقييد بمقدار التمكّن من الاعمال لكنّه لمّا كان موضوعه معنوناً بعنوان كان عدم مبادرة ذي الخيار بإعماله بالفسخ مع علمه بالخيار والغبن موجباً لسقوط تلك الخصوصيّة و العنوان .

توضيح ذلك أنّ عموم « أوفوا بالعقود » و شموله للبيع الغبنيّ لمّا كان مستلزماً للزومه على الغابن وكان لزومه عليه موجباً لتضرّره جعل الشارع حقّ الخيار بدليل لاضرر لئلا يقع في الضرر من قبل حكم الشارع بلزوم العقد فالموضوع الضرر الآتي من قبل الشارع لولا حكمه بالخيار ومن المعلوم أنّ هذا الموضوع لا يقتضي ثبوت الخيار إلاّ في مقدار من الزّمان يتمكّن فيه من دفع الضرر بالفسخ ، وأمّا ثبوته في الزّائد عليه فهذا الموضوع لا إقتضاء بالنسبة إليه فيقال في المقام إنّ الظاهر من قوله عليه السلام في خبر علي بن حمزة « إن تنزع نفسها منه » هو أنّها حيث ابتليت بهذه البليّة ولم تتمكّن من التخلّص جعل لها الخيار فالموضوع الّذي حكم عليه بالخيار هي المرأة العاجزة ومن المعلوم أنّها بعد علمها بثبوت الخيار لها لو تسامحت ولم تبادر إلى الفسخ لا يكون عجزها مستنداً إلاّ إليها ، وإن أبيت مع ذلك عن تخصيص هذا الخيار بخصوص الزّمان الأوّل من جهة بطلان دليله وعدم ما يوجب تخصيصه لأنّ مجرّد تأخيرها إعمال الخيار ليس رضاً منها بالعقد مطلقاً كي يوجب استناد العجز عن التخلّص إليها في الزّمان الثاني فنقول : إنّ من قيام الإجماع على لزوم العقد فيما لو أخّرت الفسخ مع علمها بالعيب والخيار نستكشف

أنّ من مسقطات هذا الخيار هو الرّضا بالعقد و لو في آن مّا ، ويمكن أن يقال : ماذكر من أنّ القدر المتيقّن الخيار على الفور لم يظهر وجهه فإنّ المتيقّن جواز الرّدّ من جهة العيب وهذا حقّ كالخيارات في البيع أو حكم كجواز الرّجوع في الهبة لا يستظهر من الأخبار شيء منهما و ثبوته في الجملة لا يوجب كونه بعد العقد بلافصل خصوصاً مع ملاحظة السؤال عمّا وقع حيث إنّه بعد السؤال والجواب وبلوغ الحكم إلى المرأة للمرأة أن تنزع نفسها منه كما في خبر عليّ بن أبي حمزة وليس الجهل عذراً لأنّه مع الجهل لم يستند الابتلاء و التضرّر بسقوط الحقّ أو انتفاء الحكم من جهة التأخير إلى الشارع بل هو مستند إلى الجهل وعدم تعلّم الحكم ، و ماذكر من أنّه إن كان المراد التقييد بذلك بقاء بحيث يكون وجوده بقاءً الخ الظاهر أنّه لامجال لذكر هذا في المقام لأنّ هذا لامانع منه في مثل الاستصحاب حيث إنّه إذا ثبت حكم في الجملة فلا مانع من إنشاء حكم آخر موجب لاستمرار ذلك الحكم ظاهراً عند القائلين بحجيّة الاستصحاب في الشبهات الحكميّة ، وأمّا الحكم الواقعي في مقام الثبوت إمّا مطلق أو مقيّد وفي المقام لايلتزم القائل باستمرار الحكم إلى زمان العلم بالموضوع والحكم بكون الحكم ظاهريّاً .
وماذكر من أنّ الظاهر من قوله عليه السلام في خبر عليّ بن أبي حمزة لها أن تنزع نفسها الخ يشكل من جهة أنّ عنوان الابتلاء و التضرّر لم يذكر في هذه الرّواية لابنحو القيديّة ولابنحو التعليل وإن أمكن كون الحكمة واقعاً ماذكر والمذكور في كلام الفقيه و روى في خبر آخر الخ وماذكر أخيراً من أنّه يستكشف أنّ من مسقطات هذا الخيار هو الرّضا الخ يشكل من جهة أنّه لم يظهر من الأخبار ثبوت الخيار بمعنى الحقّ الساقط بالرّضا وثانياً بمجرّد عدم المبادرة بالفسخ بعد العلم بالموضوع والحكم لايتحقّق الرّضا آناًمّا لأنّه كثيراً يتردّد ذو الخيار مدّة مديدة في الفسخ والإمضاء بالعقد ولم يتحقّق الرّضا آناًمّا فإن تحقّق الإجماع على ماذكر فلا إشكال و إلّا يشكل .

ولو ادّعت المرأة و أنكره الزّوج فهل يعتبر الفوريّة في الفسخ أو يجوز لها التأخير إلى أن يثبت العيب عند الحاكم فاذا ثبت اختارت الفسخ فوراً ، قد يقال فيه وجهان بل قولان ناشئان من أنّ مع علمها بالعيب والخيار يكون تأخيرها للفسخ موجباً

لاستناد العجز إليها أورضاها بالعقد فيما قبل ثبوت العيب عند الحاكم ومن أنّ مجرّد علمها بالعيب و الخيار ، مع عدم ترتّب الأثر على فسخها ظاهراً قبل ثبوت العيب لا يوجب سقوط الخيار بالتأخير ضرورة أنّ تأخيرها للفسخ حينئذ لا يوجب استناد العجز إليها ولا يكشف عن رضا بالعقد فيما قبل ثبوت العيب .

ويمكن أن يقال : ماذكر للوجه الثاني لايتمّ لإمكان إنشاء الفسخ و إشهاد عدلين عليه ثمّ بعد رفع الأمر إلى الحاكم يشهد الشاهدان بذلك فيثبت كونها خليّة عن الزّوج من حين الفسخ و قبل حكم الحاكم أيضاً هي خليّة بينها و بين الله و إنّما المحتاج إلى حكم الحاكم سائر الناس إن لم يعلموا بفسخها ، و هكذا الكلام في الفسخ في غير المقام مع كونه موقّتاً .

و أمّا الخصاء بمعنى إخراج الانثيين فالمشهور بين الأصحاب أنّه من العيوب الموجبة لتسلّط المرأة على الفسخ واستدلّ عليه لجملة من الأخبار منها ما رواه المشايخ الثلاثة في الموثّق عن عبد الله بن بكير عن أبيه عن أحدهما عليهما السلام « في خصيّ دلّس نفسه لامرأة مسلمة فتزوّجها ؟ قال : فقال : يفرّق بينهما إن شاءت المرأة و يوجع رأسه و إن رضيت به وأقامت معه لم يكن لها بعد رضاها به أن تأباه » [(١)] .

و ما رواه في الكافي والتهذيب عن سماعة في الموثّق عن أبي عبد الله عليه السلام « أنّ خصيّاً دلّس نفسه لامرأة قال : يفرّق بينهما و تأخذ المرأة صداقها و يوجع ظهره كما دلّس نفسه » [(٢)] .

و ما رواه في التهذيب عن عبد الله بن مسكان في الصحيح قال : « بعثت بمسئلة مع ابن أعين قلت : سله عن خصيّ دلّس نفسه لامرأة فدخل بها فوجدته خصيّاً قال: يفرّق بينهما و يوجع ظهره ويكون لهما المهر بدخوله عليها » [(٣)] .

و ما رواه الحميريّ في كتاب « قرب الاسناد » عن عليّ بن جعفر ، عن أخيه موسى

---

(١) الكافي ج ٥ ص ٤١٠ والتهذيب ج٢ ص ٢٣٤ .

(٢) » » » ٤١١ » » » »

(٣) المصدر ج ٢ ص ٢٣٤ .

ابن جعفر عليه‌السلام قال : « سألته عن خصيٍّ دلّس نفسه لامرأة ما عليه ؟ قال : يوجع ظهره و يفرّق بينهما ، و عليه المهر كاملاً إن دخل بها ، و إن لم يدخل بها فعليه نصف المهر » (۱) .

و قد ذهب بعض الأصحاب كما في المبسوط والمختلف إلى أنّ الخصاء ليس بعيب لأنّ الخصيّ يقدر على الايلاج و عدم إنزاله ليس بعيب و إنّما العيب عدم الوطي ، و لعلّه لما في جميع النصوص من الاشتمال على التدليس فيحتمل أن يكون خيارها من جهته لا من حيث كون الخصاء عيباً و تظهر الثمرة فيما إذا لم يدلّس نفسه لها بأن اعتقد أنّها تعلم بالحال أو جهل بكونه خصيّاً فإنّه ليس لها الخيار فيها بناء على كونه من جهة التدليس و يكون لها الخيار فيها بناء على كونه من جهة الخصاء .

و قد يقال : إنّ الظاهر من قولهم عليهم‌السلام « و يوجع ظهره كما دلّس نفسه » هو أنّ الخيار من جهة الخصاء وإيجاع الظهر بالضرب بإزاء التدليس لا أنّ الخيار والايجاع كليهما من جهة التدليس ، و يمكن أن يقال ظاهر هذا الكلام حمل الكاف في الخبر على التعليل و هو محلّ الكلام عند النحويين حيث إنّ القائل به يتمسّك بمثل قوله تعالى « و اذكروه كما هداكم » والأكثر حملوا الكاف على التشبيه و على فرض التسليم لا مانع من كون التدليس علّة لأمرين الخيار و إيجاع الظهر نظير الاستثناء عقيب الجمل المتعدّدة مع الرجوع إلى الجمل لا إلى خصوص الجملة الأخيرة ، وما ذكر من الثمرة يشكل من جهة أنّه بناء على كون الخيار من جهة الخصاء لا من جهة التدليس المستفاد من الأخبار المذكورة ثبوت الخيار في صورة التدليس ، و أمّا مع عدم التدليس فلا دليل على ثبوت الخيار ، و بعد مدخليّة التدليس يقع الاشكال فيما يتحقّق به التدليس وأنّه مجرّد عدم إخباره بعيبه أو يعتبر إظهاره عدم العيب ولا يبعد كفاية عدم الاظهار نظير تعريض البايع متاعه المعيب للبيع مع كون العيب غير ظاهر ، والقدر المنصوص صورة كون العيب سابقاً على العقد بل لا يتحقّق التدليس في غير هذه الصورة ، فالخصاء بعد

---

(۱) المصدر ص ۱۷۲ .

العقد لادليل على ثبوت الخيار به .

و أمّا العنن المفسّر بالمرض الّذي يضعف معه القوّة الناشرة للعضو بحيث لا يقدر على الإيلاج فلا إشكال في كونه من العيوب الموجبة لثبوت الخيار للزّوجة والأخبار الواردة في المقام مختلفة بحسب الإطلاق والتقييد منها صحيحة أبي بصير « سألت أباعبدالله عليه السلام عن امرأة ابتلي زوجها فلم يقدر على الجماع أتفارقه ؟ قال: نعم إن شاءت »(١).

و صحيحة الكناني « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة ابتلي زوجها فلم يقدر على الجماع أبداً أتفارقه ؟ قال : نعم ، إن شاءت » (٢) .

و منها مادلّ على ثبوته إذا لم يقع عليها دفعة واحدة كخبر غياث عن أبي عبد الله عليه السلام « في العنّين إذا علم أنّه لا يأتي النساء فرّق بينهما فإذا وقع عليها دفعة لم يفرّق بينهما والرّجل لا يردّ من عيب » (٣) .

و خبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام « قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام : من أتى امرأة مرّة واحدة ثمّ اُخّذ عنها فلا خيار لها » (٤) .

و منها ما دلّ على ثبوته بعد انتظار سنة كصحيحة ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام « العنّين يتربّص به سنة ثمّ إن شاءت امرأته تزوّجت وإن شاءت أقامت » (٥) .

ومنها مادلّ على ثبوته فيما إذا لم يقدر على إتيان غيرها من النساء أيضاً كالموثّق عن أبي عبدالله عليه السلام إنّه « سئل عن رجل اُخّذ عن امرأته فلا يقدر على إتيانها ؟ فقال : إن كان لا يقدر على إتيان غيرها من النساء فلا يمسكها إلاّ برضاها بذلك ، وان كان يقدر

---

(١) الكافي ج ٥ ص ٤١١ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٣٢ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٣٢ . والكافي ج٥ ص ٤١٠ وفيه « عبّاد » مكان « غياث » .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٤١٢ . و التهذيب ج ٢ ص ٢٣٢ . و التأخيذ حبس السواحر ازواجهن عن غيرهن من النساء .

(٥) التهذيب ج ٢ ص ٢٣٢ والاستبصار ج ٣ ص ٢٤٩ .

على اتيان غيرها فلا بأس بإمساكها »[١] .

و منها ما دلّ على ثبوته بعد مضيّ سنة من يوم مرافعة المرأة إلى الحاكم كرواية الحسين بن علوان ، عن جعفر بن محمّد ، عن أبيه ، عن علي عليهم السلام « كان يقضي في العنّين أنّه يؤجّل سنة من يوم مرافعة المرأة »[٢] .

و منها ما دلّ على ثبوته فيما إذا علم أنّه لا يأتي النساء كخبر عبدالله بن الحسين عن علي بن جعفر ، عن أخيه عليه السلام قال : « سألته عن عنّين دلّس نفسه لامرأته ما حاله؟ قال : عليه المهر و يفرّق بينهما إذا علم أنّه لا يأتي النساء »[٣] .

و قد يقال : إنّ القيود المذكورة باختلافها يمكن أن يكون اعتبارها لأجل طريقيّتها إلى تحقّق العنن كما يؤيّده ما دلّ على ثبوت الخيار بمجرّد العلم بأنّه لا يأتي النساء و يمكن اعتبارها على وجه الموضوعيّة ، و حيث إنّ ثبوت الخيار يكون على خلاف الأصل يجب الاقتصار في الخروج عنه على القدر المتيقّن و هو ما إذا لم يقع عليها أصلاً ولو مرّة ولم يقدر على إتيان غيرها من النساء ، ومضى سنة من يوم مرافعتها إلى الحاكم .

ويمكن أن يقال : أمّا احتمال الطريقيّة فبعيد من جهة أنّ السؤال في غير واحد من الأخبار المذكورة عن صورة تحقّق العنن .

وأمّا احتمال القيديّة للموضوع فهو مستبعد للزوم حمل صحيحة أبي بصير وصحيحة الكناني و خبر عبدالله بن الحسين على صورة غير غالبة مع أنّ الظاهر أنّ مورد السؤال في هذه الأخبار ليس بنحو الفرض حتّى يقال: مطلقات قابلة للتقييد بل الظاهر السؤال عن قضيّة شخصيّة فالظاهر وقوع التعارض فلابدّ من الترجيح أو التخيير .

ثمّ إنّه لو اختلف الزّوج والزّوجة في أصل العيب فهل القول قولها أو القول

---

(١) الكافي ج ٥ ص ٤١٢ . والتهذيب ج ٢ ص ٢٣٤ .

(٢) قرب الاسناد ص ٥٠ .

(٣) المصدر أيضاً ص ١٠٨ .

قول الرّجل ؛ قد يقال : فيه تردّد من أصالة عدم قدرته على إتيان النساء قبل بلوغه و من أصالة الصحّة بمعنى عدم خروجه عمّا هومقتضي طبعه من القدرة على إتيان النساء عند البلوغ .

و يمكن أن يقال : أصالة الصحّة والسلامة مقدّمة ألا ترى أنّه يجوز معاملة الرّجال في أموالهم مع الشكّ في الرّشد مع أنّهم قبل البلوغ غيرمتّصفين بالرّشد،ولا ينافي هذا مع لزوم الامتحان و الابتلاء قبل البلوغ أوبعده لدفع الوليّ المال الّذيعنده إلى المولّى عليه كما لا يخفى .

و أمّا الجبّ بمعنى عدم الآ لة أومقدارالحشفة فالمشهور أنّه من العيوب الموجبة لثبوت الخيار و قد تردّد المصنّف ـ قدّس سرّه ـ في الشرايع من جهة عدم ورودنصّ فيه بالخصوص ، واستدلّ للمشهور بإطلاق صحيحتي أبيبصير والكناني المتقدّمتين في العنن الدّالّتين على ثبوت الخيار بعدم القدرة على الجماع فإنّ عدم القدرة تارةيكون لضعف القوّة و اُخرى من جهة عدم العضو و بفحوى أدلّة الخصاء والعنن .

و استشكل في الاطلاق المذكور بأنّ عدم القدرة على الوطي من إعدام الملكات فليس هو عدم القدرة مطلقاً و في الفحوى بأنّ المراد بالفحوى و مفهوم الموافقة هو أن تكون القضيّةمسوقة لبيان المفهوم وكان هوالمقصود بالأصالة منهاوكان المنطوق مقصوداً بالتبعوليستأدلّة الخصاء والعنن منهذا القبيل إلّا أنيكونالمرادبالفحوى الأولويّة القطعيّة أو الاطمينانيّة فلا بدّ من اعتبار ما هو معتبر في الخصاء و العنن من القيود والشروط .

و يمكن أن يقال : لا مانع من صدق عدم القدرة مع الجبّ إن فسّر بفقدان الآ لة كما يصدق الأعمى على من قلعت عينه و إن خفي صدقه على من كان فاقداً للعين بالخلقة .

و أمّا دعوى القطع فلا تخلو عن الاشكال ألا ترى أنّه مع ممنوعيّة الزّوج عن ملاقاة الزّوجة كما لو كان محبوساً مادام الحياة لا يثبت الخيار بل لا بدّ من التفريق

بالطلاق فمع صدق عدم القدرة لا يبعد التمسّك بإطلاق الصحيحتين لولم يستشكل من أنّ المتيقّن في السؤال والجواب صورة عدم القدرة من جهة الضعف و عدم انتشار الآلة لا صورة فقدان الآلة .

﴿ و عيوب المرأة سبعة : الجنون ، والجذام ، والبرص ، والقرن ، والإفضاء ، والعمى ، والاقعاد ﴾ .

أمّا الجنون الّذي هو عبارة عن فساد العقل فلا خلاف نصّاً وفتوى في كونه بأقسامه موجباً لخيار الزّوج في صورة سبقه على العقد .

و أمّا المقارن والمتجدّد بعد العقد فقد يستشكل في ثبوت الخيار به بدعوى أنّ الأخبار الواردة في المقام لا إطلاق لها و لننقل الأخبار .

فمنها ما رواه في الصحيح أو الحسن عن الحلبيّ ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سألته عن رجل تزوّج إلى قوم فإذا امرأته عوراء ولم يبيّنوا له قال : يردّ النكاح من البرص والجذام والجنون والعفل »[1] .

و الصحيح أو الحسن عن الحلبيّ عن أبي عبد الله عليه السلام « أنّه قال في الرّجل تزوّج إلى قوم فإذا امرأته عوراء ولم يبيّنوا له قال : لا تردّ و إنّما يردّ النكاح من البرص و الجذام و الجنون و العفل ، قلت : أرأيت إن كان قد دخل بها كيف يصنع بمهرها ؟ قال : لها المهر بما استحلّ من فرجها و يغرم وليّها الّذي أنكحها مثل ما ساق إليها »[2] .

و ما رواه الشيخ في التهذيب عن الحلبيّ ، عن أبي عبد الله عليه السلام « قال : إنّما يردّ النكاح من البرص والجذام والجنون والعفل »[3] .

و يمكن أن يقال : دعوى عدم الإطلاق في هذه الأخبار مشكلة خصوصاً مع ملاحظة الخبر الثاني حيث تعرّض فيه لاستحقاق المهر مع الدّخول و غرامة الوليّ ،

---

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٠٦ والتهذيب ج ٢ ص ٢٣٣ .

(٢و٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٣٣ والاستبصار ج ٣ ص ٢٤٧ .

إلّا أن يقال : هذا قرينة على سبق العيب .

و منها ما رواه في الكافي عن عبد الرّحمن بن أبي عبدالله في الصحيح عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « المرأة تردّ من أربعة أشياء من البرص والجذام والجنون والقرن و هو العفل ما لم يقع عليها فإذا وقع عليها فلا »[1] .

و هذا الخبر كيف يقال فيه بعدم الاطلاق مع التعرّض للتفصيل بين الوقوع عليها و عدمه .

و أمّا الجذام الّذي عرّف بأنّه مرض سوداوي يوجب تناثر اللّحم و سقوط بعض الأطراف كالأنف فلا خلاف ظاهراً في كونه موجباً لثبوت الخيار للزّوج مطلقاً ، وقد تكرّر ذكره في الأخبار المذكورة .

و أمّا البرص فلاخلاف نصّاً وفتوى في كونه موجباً للخيار ، وقد وقع الخلاف في حقيقته و أنّه خصوص البياض الظاهر في ظاهر البدن لفساد المزاج أو الأعمّ منه و من السواد فالمذكور في كلمات جملة من الأصحاب والمصرّح به في القاموس أنّه بياض يظهر في ظاهر البدن . و قال في المسالك : إنّه مرض معروف يحدث في البدن يغيّر لونه إلى السواد أو إلى البياض و في المجمع « البرص لون مختلطٌ حمرة و بياضاً أو غيرهما ولا يحصل إلّا من فساد المزاج ، وخلل في الطبيعة » .

وقد يستظهر من دعاء أمير المؤمنين صلوات الله عليه على أنس لمّا لم يشهد بخبر الغدير و قال : أنا ناس فدعا عليه ببياض لايواريه العمامة أنّ البرص خصوص البياض حيث إنّ الظاهر أنّ مراده عليه السلام من البياض ليس إلّا المرض المعروف ويقال: إنّ القدر المتيقّن منه خصوص البياض فلا اعتبار بالسواد الّذي يظهر على ظاهر البدن و يمكن أن يقال : مع معروفيّة البرص عند الأطبّاء و النّاس و عدّهم البياض المختلط بالسواد و الحمرة برصاً يشكل التخصيص بالبياض ، و دعاء أمير المؤمنين صلوات الله عليه لم يظهر منه التخصيص كما لايخفى وكيف كان لااعتبار بالبهق الّذي يشترك مع البرص ويفترق عنه بأن البرص غائر في اللّحم إلى العظم بخلاف البهق فإنّه كما قيل في سطح

(١) المصدر ج ٥ ص ٤٠٩ .

الجلد خاصّة ويتميّزان بأن يغرز في الموضع إبرة فان خرج منه الدّم فهو بهق وإلّا فهو برص .

وأمّا القرن بسكون الرّاء وفتحها الّذي يعبّر عنه بالعفل وهو الظاهر من كلمات كثير من اللّغويّين ويشهد به تفسير أحدهما الآخر في بعض الأخبار كصحيحة عبدالرّحمن ابن أبي عبد الله عن أبي عبدالله عليه السلام المذكورة ، و صحيحته الاُخرى عنه عليه السلام أيضاً «الرّجل إذا تزوّج المرأة فوجد بها قرناً وهو العفل أو بياضاً أو جذاماً يردّها مالم يدخل بها»[1] فلاخلاف فتوى ونصّاً في كونه من العيوب الّتى بها يردّ الزّوج ، ووقع الخلاف بين الأصحاب في أنّه هل هو شيء من قبل المرأة يشبه ادرة الرّجل التي هي عبارة عن انتفاخ الخصلتين أوهو عظم كالسنّ يكون في باطن القبل يمنع من الوطي أو أنّه لحم ينبت في باطن القبل ؟ وقد يقال : الّذي يسهّل الخطب هو إمكان دعوى القطع بمشاركة كلٍّ من العظم واللّحم النابتين في الباطن و اللّحم الخارج من القبل في الحكم من جهة مناسبة الحكم والموضوع حيث يستفاد من جهتها أنّ العلّة للحكم هو المنع عن الوطي كما يشعر بذلك صحيحة أبي الصلاح الكناني قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل تزوّج امرأة فوجد بها قرناً قال عليه السلام : هذه لاتحبل ولا يقدر زوجها على مجامعتها ـ الخبر[2]» .

ويمكن أن يقال : دعوى القطع مشكلة لإمكان الفرق بين ماذكر لسهولة العلاج وصعوبته إلّا أن يقال : الظاهر أنّ الناس مع عدم إطّلاعهم على ما هو شأن الأطباء إذا أطّلعوا على وجود ما يمنع من الوطي يعبّرون بوجود القرن .

وأمّا الإفضاء الّذي هو عبارة عن صيرورة المسلكين واحداً فلاخلاف في كونه عيباً تردّ به المرأة ويدلّ عليه صحيحة الحذّاء عن أبي جعفر عليه السلام « في رجل تزوّج امرأة من وليّها فوجد بها عيباً بعدما دخل بها ، قال: فقال عليه السلام : إذا دلّست العفلاء والبرصاء والمجنونة والمفضاة و من كان بها زمانة ظاهرة فإنّها تردّ على أهلها من غير طلاق[3]» .

---

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٠٧ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٣٣ . والاستبصار ج ٣ ص ٢٤٨ والكافي ج ص ٤٠٩ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٠٨ .

ولقائل المناقشة في دلالة هذه الصحيحة من جهة احتمال كون الخيار من جهة التدليس وذلك لذكر من كان بها الزّمانة فإنّ الزّمانة ليست من العيوب الموجبة للردّ وقد ذكر هذه الاحتمال سابقاً في الخصاء .

وأمّا العمى فالمشهور أنّه من العيوب الموجبة للخيار ويدلّ عليه صحيحة داود بن سرحان عن أبي عبدالله عليه السلام « في الرّجل يتزوّج المرأة فيؤتى بها عمياء أو برصاء أو عرجاء قال : تردّ على وليّها وإن كان بها زمانة لايراها الرّجال اُجيزت شهادة النساء عليها[1] » .

و موثّقة محمّد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام ، قال : « تردّ البرصاء والعمياء والعرجاء. وزاد في الفقيه « الجذماء »[2] .

وإمّا الاقعاد فاختلف كلمات الأصحاب فيها وقد يقوي كون مطلق العرج من العيوب الموجبة للخيار سواء كان بيّناً أو غير بيّن إلّا إذا كان غير بيّن على وجه لا يعدّ بيّناً عرفاً .

و ذلك لاطلاق صحيحة داود بن سرحان و موثّقة محمّد بن مسلم المذكورتين . و توهّم أنّ الرّوايتين وإن كانتا مطلقتين إلّا أنّ قوله عليه السلام في صحيحة داود « و إن كان بها زمانة ـ الخ » ظاهر في إناطة الرّدّ بالزّمانة الّتي تؤدّي إلى الاقعاد فيدلّ بالمفهوم على عدم الرّدّ إلّا بالعيب المقعد فيقيّد بمفهومه ظهور الرّوايتين في الرّدّ بالعرج مطلقاً مدفوع بأنّ ظهور قوله عليه السلام «وإن كان بها زمانة ـ الخ» في ذلك مبنيّ على القول بالمفهوم للوصف وهو ممنوع سيّما في الوصف الغير المعتمد على الموصوف .

ويمكن أن يقال : لاحاجة إلى القول بالمفهوم بمعنى الانتفاء عند الانتفاء بل يكفي كون الوصف للاحتراز والمدخليّة في الحكم من غير فرق بين كون الوصف معتمداً على الوصف أو غير معتمد .

وما في الخبر من شهاده النساء تدلّ على موضوعيّة الوصف فإنّه مع عدم المدخليّة

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٣٢ و ٢٣٥ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٣٢ والاستبصار ج ٣ ص ٢٢٥ .

في الحكم وعدم الأثر ما الفائدة في الشهادة . واستشكل في الاستدلال بالروايتين المذكورتين من جهة معارضتهما مع ما دلّ على حصر العيب في الأربعة المشهورة أعني الجذام والبرص والجنون والعفل كصحيحة الحلبيّ السابقة ، و رواية عبد الرّحمن بن أبي عبدالله عن الصادق عليه‌السلام « سألته عن رجل تزوّج امرأة فعلم بعد ما تزوّجها أنّها قد كانت زنت قال : إن شاء زوجها أخذ الصداق ممّن زوّجها ، ولها الصداق بما استحلّ من فرجها وإن شاء تركها ، قال : وتردّ المرأة من العفل والبرص و الجذام و الجنون وأمّا ماسوى ذلك فلا [1] » .

واُجيب بأنّ هذا الاشكال لا يختصّ بالمقام بل يأتي بالنسبة إلى غيره ممّا سوى هذه الأربعة من الافضاء والعمى فلابدّ إمّا من حمل الحصر في الرّوايتين على الاضافي بدعوى أنّ القائل حيث توهّم أنّ مطلق العيب في المرأة موجب للخيار ولذا سئل عن العوراء في الصحيحة وعن الزّانية في الرّواية حصر الامام عليه‌السلام موجبات الخيار في الأربعة للدّلالة على أنّ مطلق العيب لا يكون موجباً للخيار . و امّا من حمل مفهوم الحصر وهو المنع عن الرّدّ بغير الأربعة على مطلق المرجوحيّة لكيلا ينافي جواز الرّدّ بغيرها من العيوب الثلاثة : الافضاء والعمى والعرج على كراهة .

و يمكن أن يقال : يشكل ماذكر من جهة عدم مساعدة العرف على الجمعين المذكورين بل بنظر العرف يقع المعارضة بين مادلّ على الحصر و مادلّ على ثبوت الخيار ، ثمّ إنّه عدّ في بعض الرّوايات كصحيحتي داود بن سرحان والحذّاء المذكورتين الزّمانة من العيوب كما حكي عن الصدوق ـ قدّس سرّه ـ لكنّ الأصحاب لم يعدّوها من العيوب الموجبة للخيار وقد يوجّه بوجه لا يساعد عليه العرف .

﴿ و في الرتق تردّدٌ أشبهه ثبوته عيباً لانّه يمنع الوطي ولا تردّ بالعور ولا بالزنا ولو حدّت فيه ، ولا بالعرج على الأشبه ﴾ .

قدسبق الكلام في القرن أنّه مع وجود مايمنع المجامعة يعبّر بالقرن فيقوى

---

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٣٢ و ٢٢٨ والاستبصار ج ٣ ص ٢٤٥ .

ثبوت الخيار بالرّتق .

و أمّا عدم ثبوت الخيار بالعور ولا بالزنا فلما دلّ على الحصر في غيرهما وصحيح الحلبيّ عن الصادق عليه السلام « في الرجل يتزوّج الأمة إلى قوم فإذا امرأته عوراء ولم يبيّنوا له ؟ قال : لاترد (١) » .

وأمّا رواية عبدالرّحمن المذكورة الظاهرة في الخيار للزّنا و المرسل الحاكي لقول عليّ صلوات الله عليه في المرأة إذا زنت قبل أن يدخل بها يفرّق بينهما ولاصداق لها لأنّ الحدث كان من قبلها (٢) » وغيرهما ممّا يظهر منه ثبوت الخيار بالزّنا فالأصحاب لم يعملوا بها .

وأمّا العرج الغير البالغ إلى حدّ الإقعاد فقدسبق الكلام فيه والإشكال في ثبوت الخيار بالعرج مطلقاً .

﴿ وأمّا الأحكام فمسائل : الاولى: لايفسخ النكاح بالعيب المتجدّد بعد الدّخول وفي المتجدّد بعد العقد تردّدٌ عدى العنن . وقيل تفسخ المرأة بجنون الرّجل المستغرق لأوقات الصلاة وإن تجدّد . الثانية : الخيار فيه على الفور وكذا في تدليس ﴾ .

الظاهر عدم الخلاف نصّاً وفتوى في أنّ العيوب الحادثة قبل العقد موجبة لثبوت الخيار و ادّعي عدم الإشكال في أنّ العيوب المتجدّدة بعد العقد و الوطي لايثبت بها الخيار و الإشكال في المتجدّدة بعد العقد وقبل الوطي ، وقديقال : ظاهر أكثر النصوص وصراحة بعضها ثبوت الخيار في السابق على العقد كقوله في خبر عبدالرّحمن «تزوّج امرأة فوجدبها قرناً» وفي خبر الحذّاء «تزوّج امرأة من وليّها فوجدبها عيباً» وفي خبري الحسن ابن صالح والكناني « تزوّج امرأة » وفي خبر غياث « تزوّج امرأة فوجد بها برصاً » و في خبر ابن مسلم « من تزوّج امرأة فيها عيب دلّسته » وفي خبر رفاعة « زوّجها وليّها وهي برصاء » وأمّا باقي النصوص فليس فيها ما يكون لها إطلاق يعمّ المتجدّد بعد

---

(١) تقدم عن الكافي .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٥٠ .

العقد بل هي في مقام تعداد العيوب الموجبة للفسخ نعم لا يبعد التمسّك لإثباته بالمتجدّد بالاستصحاب التعليقي بأن يقال : إنّ هذا العيب لو كان قبل العقد لكان موجباً للخيار والآن كما كان ، وهذا الاستصحاب حاكم على استصحاب لزوم العقد الثابت قبل حدوث العيب كما لا يخفى .

و يمكن أن يقال : لا نسلّم ظهور جميع الأخبار المذكورة في سبق العيب على العقد فإنّ قوله في خبر عبدالرّحمن «فوجد بها قرناً» وقوله في خبر الحذّاء « فوجد بها عيباً» لم يظهر منهما كون القرن والعيب قبل التزوّج لإمكان كون العيب في الفصل بين التزوّج و ورود الزّوجة على الزّوج ، فإذا كان السؤال عمّا وقع واُجيب بالجواب المذكور بدون الاستفصال والتفرقة بين كون العيب سابقاً على العقد وكونه بعد العقد قبل الورود على الزّوج يشمل الجواب المذكور صورة تحقّق العيب بعد العقد .

وأمّا الاستصحاب التعليقي المذكور فهو مبنيّ على جريان الاستصحاب في الشبهات الحكميّة وحكومته على استصحاب لزوم العقد وكلاهما محلّ إشكال وقد سبق الكلام في العنن وكذا في تقيّد جنون الرّجل بكونه لا يعرف أوقات الصلاة وفي كون الخيار على الفور .

﴿ الثالثة : الفسخ فيه ليس طلاقاً فلا يطّرد فيه تنصيف المهر ، الرّابعة : لا يفتقر الفسخ بالعيوب إلى الحاكم ، ويفتقر في العنن بضرب الأجل ، الخامسة: إذا فسخ الزّوج قبل الدّخول فلا مهر ، ولو فسخ بعده فلها المسمّى ويرجع به الزّوج على المدلّس ، و إذا فسخت الزّوجة قبل الدّخول فلا مهر إلاّ في العنن ولو كان بعده فلها المسمّى ، ولو فسخت بالخصاء ثبت لها المهر مع الخلوة ويعذر ﴾ .

لا إشكال في أنّ الفسخ ليس طلاقاً لعدم اعتبار لفظ الطلاق ولا شروطه فلا يطّرد فيه تنصيف المهر ولا يعدّ من الثلث وثبوت نصف المهر للدّليل .

وأمّا عدم افتقار الفسخ بالعيوب إلى الحاكم فلإطلاق الأدلّة ، نعم مع ثبوت العنن يفتقر الى الحاكم لضرب الأجل بناء على لزوم المراجعة إلى الحاكم وقد سبق الكلام فيه ، نعم من ينكر إطلاق الأدلّة لا بدّ له من اعتبار كلّ ما يحتمل مدخليّته في الفسخ .

وأمّا عدم استحقاق الزّوجة المهر إذا فسخ الزّوج قبل الدّخول فلأنّ حقيقة الفسخ حلّ العقد وجعله كأن لم يكن فلاوجه لاستحقاق المهر ، وبعد الدّخول لها المسمّى بمااستحلّ من فرجها ، ووجه تعيين المسمّى ظهور الأخبار فلاحظ ما في الصحيح أو الحسن عن الحلبيّ المذكور في عيوب المرأة « قلت : أرأيت إن كان قد دخل بها كيف يصنع بمهرها ؟ قال : لها المهر بما استحلّ من فرجها ويغرم وليّها الّذي أنكحها مثل ماساق إليها[1] » فانّ الظاهر أنّ اللاّم في « لها المهر بما استحلّ من فرجها » للعهد الذّكري وكذا سائر الأخبار ولولا الأخبار كان مقتضى القاعدة لزوم مهر المثل .

وأمّا الرّجوع إلى المدلّس فيدلّ عليه الأخبار منها الصحيح أو الحسن عن الحلبيّ المذكور وفيه « و يغرم وليّها الّذي أنكحها » .

ومنها مارواه في الكافي والتهذيب عن رفاعة قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن المحدود و المحدودة هل تردّ من النكاح ؟ قال : لا ، قال رفاعة : وسألته عن البرصاء قال : قضى أمير المؤمنين عليه السلام في امرأة زوّجها وليّها وهي برصاء أنّ لها المهر بمااستحلّ من فرجها و أنّ المهر على الّذي زوّجها وإنّماصار المهر عليه لأنّه دلّسها ، ولو أنّ رجلاً تزوّج امرأة قدزوّجها رجل لايعرف دخيلة أمرها لم يكن عليه شيء وكان المهر يأخذه منها[2] » .

ومنها صحيح الحذّاء في الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام « في رجل تزوّج امرأة من وليّها فوجد بها عيباً بعدما دخل بها ، قال : فقال : إذا دلّست العفلاء و البرصاء والمجنونة و المفضاة أو من كان بها زمانة ظاهرة فإنّها تردّ إلى أهلها من غير طلاق ، و يأخذ الزّوج المهر من وليّها الّذي كان دلّسها فإن لم يكن وليّها علم بشيء من ذلك فلاشيء عليه وتردّ إلى أهلها ، قال : وإن أصاب الزّوج شيئاً ممّا أخذت منه فهو له وإن لم يصب شيئاً فلاشيء له قال : وتعتدّ منه عدّة المطلّقة إن كان قد دخل بها وإن لم

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٣٣ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٠٧ والتهذيب ج ٢ ص ٢٣٢ .

يكن دخل بها فلاعدة ولامهر لها [١] » .

ثمّ إنّ الظاهر أنّ المراد من التدليس في المقام عدم إظهار العيب مع العلم لاخصوص إظهار عدم العيب و الصحّة مع وجوده كما هو المستفاد من الأخبار المذكورة وبعدما كان الأصل في النكاح اللزوم وعدم جواز الفسخ من جهة غير العيوب المنصوصة فليس المقام كالبيع وغيره من المعاملات بحيث لوشرط وصف كمال و بان خلافه من جهة التدليس جاز للمشروط له الفسخ، بل الخيار في موارد مخصوصة ويتعدّى عن العيوب المذكورة إلى غيرها منها ما إذا تزوّج امرأة على شرط أنّها حرّة أوبوصف أنّها حرّة فبانت أمة فالمشهور أنّه صحّ العقد فيما إذا كان باذن سيّدها أو إجازته وكان الزّوج ممّن يجوز له نكاح الإماء لاطلاق الأدلّة وأنّ له الفسخ ولو دخل بها لا لعموم «المؤمنون عند شروطهم » لمنع دلالته على ثبوت الخيار أوّلاً وكونه مخصّصاً بمادلّ عليه النصّ من عدم ردّ النكاح بشيء غير العيوب المخصوصة ثانياً ، بل لخصوص مادلّ على ثبوت الخيار بالتدليس بمثل ذلك كصحيح الوليد بن صبيح عن أبي عبدالله عليه السلام « في رجل تزوّج امرأة حرّة فوجدها أمة قد دلّست نفسها ؟ قال عليه السلام : إن كان الّذي زوّجها إيّاه من غير مواليها فالنكاح فاسد ، قلت: كيف يصنع بالمهر الّذي اُخذت منه قال عليه السلام : إن وجد ممّا أعطاها شيئاً فليأخذه وإن لم يجد شيئاً فلاشيء له عليها ، وإن كان زوّجها إيّاه وليّ لها ارتجع على وليّها بما أخذت منه ولمواليها عليه عشر قيمتها إن كانت بكراً وإن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحلّ من فرجها ـ الخبر [٢] » .

وقد يقرب دلالة هذا الصحيح على الصحّة وثبوت الخيار للتدليس بأنّ الظاهر من قوله عليه السلام على المحكيّ « وإن كان زوجّها إيّاه وليّ لها ـ الخ » .

بقرينة مقابلته لقوله عليه السلام في الصدر «إن كان الّذي زوّجها إيّاه من غير مواليها فالنكاح فاسد » هوصحّة نكاحها فيما كان المنكح لها من مواليها ورجوع الزّوج بعد الفسخ بما اغترمه عوض البضع من المهر على وليّها الّذي أنكحها ، غاية الأمر عبّر

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٠٨ والتهذيب ج ٢ ص ٢٣٢ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٠٤ . والتهذيب ج ٢ ص ٢٣٢ .

عليه السلام عن صحّة النكاح و ثبوت الفسخ للزّوج بلازمهما من استحقاقها للمهر ورجوع الزّوج بعد الفسخ بما اغترمه من المهر على وليّها الّذي أنكحها ولاينا في هذا مع لزوم العشر أو نصف العشر للموالي لإمكان أن يكون ذلك للتعبّد لئلاّ يكون وطيه لها من دون عوض يعود إلى مواليها .

ويمكن أن يقال : لاظهور للصحيح المذكور في الصحّة وثبوت الخيار لأنّ الظاهر أنّ الوليّ المذكور فيه غير المولى بل الوليّ العرفيّ ومن أوكلت الأمة أمرها إليه للتزويج بغير إذن الموالي ولا ظهور في مقابله « وإن كان زوّجها إيّاه وليّ لها » لقوله عليه السلام على المحكيّ في الصدر « إن كان الّذي زوّجها إيّاه من غير مواليها فالنكاح فاسد بل لعلّه في مقابلة وقوع التزويج بدون الإذن وبدون الوليّ والتعرّض لصورة تزويج الولي لأخذ ما اغترم الزوج منه و يشهد لهذا أنّه من المسلّم أنّ المهر في صورة الإذن من الموالي راجع إلى الموالي لا إلى الأمة فكيف يجمع بين المهر و العقر العشر أو نصف العشر ، ولا مجال لرجوع ما ذكر في الصحيح من قوله عليه السلام على المحكيّ « ولمواليها عليه عشر قيمتها - إلخ » إلى الصدر لأنّ هذا من قبيل إرجاع الاستثناء الواقع عقيب الجمل المتعدّدة إلى غير الجملة الأخيرة .

و منها ما لو تزوّجت المرأة برجل على أنّه حرّ فبان مملوكاً مأذوناً من المولى فلها الخيار سواءٌ دخل بها أم لا ولا مهر لها لو فسخت قبل الدّخول ولها المسمّى لو فسخت بعد الدّخول لكنّها ترجع به على السيّد لأنّ مهر العبد المأذون على سيّده.

و يدلّ على ما ذكر صحيح محمّد بن مسلم « سألت أبا جعفر عليهما السلام عن امرأة حرّة تزوّجت مملوكاً على أنّه حرّ فعلمت بعد أنّه مملوكٌ ، قال : هي أملك بنفسها إن شاءت أقامت معه و إن شاءت فلا فإن كان دخل بها فلها الصداق و إن لم يكن دخل بها فليس لها شيء[1] .

و أمّا إذا لم يكن مأذوناً من المولى لم يكن الخيار بيدها لأنّ العقد متوقّف على إجازة المولى فلا معنى للخيار ، و منها ما إذا تزوّج امرأة و شرط كونها بكراً

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٣٣ والكافي ج ٥ ص ٤١٠ .

فوجدها ثيّباً و ثبت بإقرارها أو بالبيّنة أنّها كانت كذلك قبل العقد فالمشهور أنّ له الفسخ و استدلّ لهم مضافاً إلى عموم « المؤمنون عند شروطهم » بمفهوم خبر القاسم بن الفضيل عن أبي الحسن عليه السلام « في الرّجل يتزوّج المرأة على أنّها بكراً فيجدها ثيّباً أيجوز أن يقيم عليها ؟ قال عليه السلام : قد تفتق البكر من المركب ومن النزوة » [1] بدعوى أنّه ظاهر في أنّه لو احتمل تجدّد الثيبوبة بسبب خفيّ من النزوة و غيرها لم يكن له الفسخ فيدلّ بمفهومه على ثبوت الفسخ مع عدم احتمال ما ذكر .

و قد يورد عليه بأنّ « المؤمنون عند شروطهم » لا دلالة فيه على الخيار و على تقدير الدّلالة مخصّص بمادلّ على عدم ردّ النكاح بشيء غير العيوب المخصوصة ، وأمّا خبر القاسم فالظاهر من قول السائل فيه أيجوز أن يقيم عليها هو أنّه توهّم حرمة القيام معها أو كونه ذا حزازة فسأل الإمام عن جواز القيام معها ، و أمّا احتمال كون السؤال عن ثبوت الفسخ فبعيد .

و يمكن أن يقال : الجواز تارة يراد منه ما يقابل الحرمة والكراهة و اُخرى يراد منه النفوذ كما يقال متى يجوز أمر الغلام فمع احتمال كلام السائل لكلّ من المعنيين يكون الجواب مايناسب كليهما .

و أمّا صورة فسخ المرأة فمع كون الفسخ فيها قبل الدّخول لا مهر لها لعدم ما يوجبه و لو كان بعد الدّخول فلها المسمّى لكن في الفسخ من جهة العنن لها نصف المهر و يدلّ عليه صحيحة أبي حمزة قال : « سمعت أبا جعفر عليهما السلام يقول : إذا تزوّج الرّجل المرأة الثيّب الّتي قد تزوّجت زوجاً غيره فزعمت أنّه لم يقربها منذ دخل بها فإنّ القول في ذلك قول الرّجل ، وعليه أن يحلف بأنّه قد جامعها لأنّها المدّعية ، قال : فإن تزوّجها و هي بكر فزعمت أنّه لم يصل إليها فإنّ مثل هذا يعرفه النساء فلينظر إليها من يوثق به منهنّ فإذا ذكرت أنّها عذراء فعلى الإمام أن يؤجّله سنة فإن وصل إليها و إلّا فرّق بينهما و اُعطيت نصف الصداق ولا عدّة عليها » [2] .

---

(۱) الكافي ج ۵ ص ۴۱۳ .

(۲) الكافي ج ۵ ص ۴۱۱ والتهذيب ج ۲ ص ۲۳۴ .

و مع الدّخول تستحقّ المرأة المهر لاستحلال الفرج و مقتضى القاعدة الرّجوع إلى مهر المثل إلّا أنّه دلّ الدّليل على استحقاق المهر المسمّى في بعض الأخبار و إن لم يكن الدّليل عامّاً و في جميع موارد الفسخ لكنّه ادّعي عدم الخلاف عند الأكثر و إن أشكل الجزم به .

وأمّا ثبوت المهر مع الخلوة لوفسخت بالخصاء مع التعزير فهو المعروف واستدلّ عليه بما رواه الشيخ في الصحيح عن ابن مسكان قال : « بعثت بمسألة مع ابن أعين قلت: سله عن خصيّ قد دلّس نفسه لامرأة و دخل بها فوجدته خصيّاً ؟ قال : يفرّق بينهما و يوجع ظهره و يكون لها المهر بدخوله عليها » (١) .

و عن سماعة في الموثّق عن أبي عبدالله عليه السلام « أنّ خصيّاً دلّس نفسه لامرأة ، فقال : يفرّق بينهما و تأخذ المرأة منه صداقها و يوجع ظهره كما دلّس نفسه » (٢) .

ولا يخفى أنّ الصحيح المذكور مجمل حيث إنّ ما فيه من قوله « دخل بها » يظهر منه كون المرأة مدخولاً بها و يظهر من قوله « لها المهر بدخوله عليها » كفاية الخلوة . و يظهر من الموثّق المذكور ثبوت المهر بالفسخ ولو مع عدم الخلوة لكن يظهر من رواية عبدالله بن جعفر الحميريّ الثقة الجليل في كتاب قرب الإسناد عن عليّ بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام قال : « سألته عن خصيّ دلّس نفسه لامرأة ما عليه؟ قال: يوجع ظهره و يفرّق بينهما و عليه المهر كاملاً إن دخل بها و إن لم يدخل فعليه نصف المهر » (٣) التفصيل بين الدّخول وعدم الدّخول و ثبوت تمام المهر المسمّى بالدّخول مع الفسخ و نصف المهر مع عدمه ولا مانع من الأخذ به و لعلّه خلاف المشهور .

﴿ السادسة : لو ادّعت عننه فأنكر فالقول قوله مع يمينه و مع ثبوته يثبت لها الخيار و لو كان متجدّداً إذا عجز عن وطيها قبلاً و دبراً ، و عن وطي غيرها ولوادّعى

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٣٤ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤١١ واالتهذيب ج ٢ ص ٢٣٤ .

(٣) المصدر ص ١٠٨ .

الوطي فأنكرت فالقول قوله مع يمينه . السابعة : إن صبرت مع العنن فلا بحث و إن رفعت أمرها إلى الحاكم أجّلها سنة من حين الترافع ، فان عجز عنها و عن غيرها فلها الفسخ و نصف المهر ﴾ .

لو ادّعت المرأة عنن الزّوج فالمعروف أنّ القول قول الرّجل لأصالة السلامة فانّ العنن خلاف السلامة و هي مقدّمة على أصالة عدم قدرته على المباشرة استصحاباً لعدم القدرة قبل البلوغ و وجه تعميم ثبوت الخيار حتّى مع التجدّد بعد العقد إطلاق الأخبار بعد التقييد بالعجز عن الوطي قبلاً و دبراً و عن غيرها ، و قد سبق الكلام في ما ذكر .

و أمّا أنّ القول قوله لو ادّعي الوطي فقد يتمسّك له باطلاق صحيح أبي حمزة « سمعت أباجعفر عليه السلام يقول « إذا تزوّج الرّجل المرأة الثيّب الّتي قد تزوّجت غيره فزعمت أنّه لم يقربها منذ دخل بها فانّ القول في ذلك قول الرّجل و عليه أن يحلف بأنّه قد جامعها لأنّها المدّعية ، قال : فان تزوّجها و هي بكر فزعمت أنّه لم يصل إليها فانّ مثل ذلك يعرفه النساء فلينظر إليها من يوثق به منهنّ فاذا ذكرت أنّها عذراء فعلى الامام أن يؤجّله سنة و إن وصل إليها وإلّا فرّق بينهما و اُعطيت نصف المهر ولا عدّة عليها » [1] .

واستشكل صاحب المسالك - قدّس سرّه - في الاستدلال بهذا الصحيح لمقامنا هذا بأنّ محلّ البحث ما إذا ثبت عننه و مورد الرّواية دعواها عليه ذلك مع عدم ثبوت ذلك و قبول قوله هنا واضح لموافقة قوله أصل السلامة بخلاف موضع النزاع لتحقّق العيب فهو فيه المدّعى لزوال ما كان قد ثبت ، و اُجيب بظهور الصحيح في أنّ مورد الخلاف في الوطي و عدمه الشامل باطلاقه محلّ النزاع وقد جعلها المدّعية فيه مع موافقة قولها لأصالة عدم وطيها و مخالفة قوله لذلك ، ويمكن أن يقال يشكل شمول الصحيح صورة ثبوت العنن للتعليل بأنّها مدّعية ، و لعلّ الوجه فيه أنّه مع

---

(۱) تقدم آنفاً .

سلامة الرّجل والدّخول على المرأة بقصد المباشرة الظاهر تحقّق المباشرة فدعوى عدمها من المرأة خلافه لا تسمع ، وأمّا مع تحقّق العنن ودعوى الرّجل الوطي فالحكم بكون المرأة مدّعية تعبّداً بعيد جداً يشكل التعليل به كما لا يخفى .

أمّا التمسّك بأنّه لا يعلم إلّا من قبله و التعذّر أو التعسّر في إقامه البيّنة عليه فيقبل قوله كدعوى المرأة انقضاء العدّة بالإقرار فلا يخلو عن الإشكال لأنّه مع تسليم هذه القاعدة لا نسلّم الأخذ بها في جميع الموارد ، ولذا يستشكل في قبول قول المرأة في انقضاء العدّة في شهر واحد .

وأمّا ماذكر من أنّ المرأة مع عدم صبرها مع عنن الزّوج ان رفعت أمرها إلى الحاكم أجّلها سنة - إلخ فقد سبق الكلام فيه و كذا ثبوت نصف المهر مع الفسخ .

﴿ تتمة لو تزوّج على أنّها حرّة فبانت أمة فله الفسخ ، فلا مهر لو لم يدخل ، ولو دخل فلها المهر على الأشبه ، ويرجع به على المدلّس ، و قيل : لمولاها العشر أو نصف العشر إن لم يكن مدلّساً ، و كذا تفسخ هي لو بان زوجها مملوكاً . ولا مهر قبل الدّخول و لها المهر بعده ، ولو اشترط كونها بنت مهيرة فبانت بنت أمة فله الفسخ ولا مهر ، و يثبت لو دخل . و لو تزوّج بنت مهيرة فأدخلت عليه بنت الأمة ردّها و لها المهر مع الوطي للشبهة و يرجع به على من ساقها و له زوجته ﴾ .

قد سبق البحث في صورة التزوّج على أنّها حرّة فبانت أمة والمدرك صحيح الوليد ابن صبيح المتقدّم فمع عدم الإذن من المولي أو الموالي يكون النكاح فاسداً إذا لم يتحقّق الإجازة فلا استحقاق للمهر ولا فسخ لأنّ الفسخ فرع الصحّة و مع الإذن يستحقّ المولى أو الموالي المهر مع الدّخول ومع استحقاق المهر كيف يجب العشر أو نصف العشر و وجوب العشر أو نصف العشر في صورة عدم الإذن خلاف ظاهر الصحيح المذكور فالاستدلال به لما ذكر مشكلٌ فثبوت خيار الفسخ والرّجوع إلى المدلّس من جهة الصحيح المذكور لا يتمّ والتمسّك بمثل « المؤمنون عند شروطهم » لا مجال له لما ذكر هناك مع أنّ النكاح لا يرد إلّا بأسباب خاصّة .

ولو تزوّجت الحرّة مملوكاً على أنّه حرّ فبان عبداً مأذوناً من قبل مولاه فقد

سبق الكلام فيه و مقتضى صحيح محمّد بن مسلم ثبوت الخيار للحرّة فمع الدّخول بها تستحقّ المهر على السيّد ومع عدم الدّخول لامهر لها .

ولو اشترط كون المرأة بنت مهيرة فبانت بنت أمة فالمحكيّ عن جماعة أنّ له الفسخ للتدليس في الصفة و يشكل من جهة ما دلّ على عدم ردّ النكاح إلّا بأسباب خاصّة وعموم «المؤمنون عند شروطهم» لايدلّ على الخيار مضافاً إلى أنّ الأُمور الخارجة عن الاختيار لانفهم وجهاً لاشتراطها كما بيّن في محلّه و نمنع سيرة العرف على الرّدّ والفسخ بتخلّف الشرط والوصف في باب النكاح وإن سلمت في باب البيع عند ظهور العيب و عند تخلّف الشرط والوصف ، فإذا لم يكن له خيار فليس له الرّجوع على المدلّس .

ولو تزوّج بنت مهيرة فاُدخلت عليه بنت أمّه فلاشكّ في وجوب الاجتناب وردّها فإن كانت المرأة عالمة فلا مهر لها لأنّه لا مهر لبغيٍّ ، و مع جهلها تستحقّ مهر المثل و يرجع في المهر إلى من ساقها و استدلّ عليه بصحيحه محمّد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام « سألته عن رجل خطب إلى رجل ابنة له من مهيرة فلمّا كانت ليلة دخولها على زوجها اُدخل عليه ابنة له اُخرى من أمة قال عليه السلام : تردّ على أبيها و تردّ إليه امرأته و يكون مهرها على أبيها »[1] .

و بصحيحة الاُخرى « سألت أباعبد الله عليه السلام عن رجل يخطب إلى آخر ابنته من مهيرة فأتاه بغيرها قال عليه السلام : تردّ الّتي سمّيت له بمهر آخر من عند أبيها والمهر الأوّل للّتي دخل بها »[2] .

و أورد بأنّ الاستدلال بهما للمقام ، مبنيّ على كون المراد منهما إدخال بنته من الأمة مع وقوع العقد على بنته من المهيرة ، و أمّا إذا كان المراد مجرّد خطبة بنت المهيرة مع وقوع العقد على بنت الأمة بعنوان أنّها بنت المهيرة الّتي خطبها تدليساً من الأب كما لعلّه الظاهر من الصحيحة الثانية بل الاُولى أيضاً بناءً على كون المراد من امرأته فيها هي المسمّاة له بالخطبة فتأمّل فتكون الصحيحتان من أدلّة المسئلة السابقة

(۱) الكافى ج ۵ ص ۴۰۶ .
(۲) الكافى ج ۵ ص ۴۰۶ .

و على أي حال ظاهر الأولى و صريح الثانية هو أنّ مهر بنت المهيرة الّتي تردّ إلى زوجها يكون على أبيها و يكون المهر الأوّل المسمّى لبنت الأمة الّتي دخل بها ، و هذا كما ترى لا ينطبق على القواعد لما عرفت أنّ مقتضى القاعدة هو استحقاق بنت الأمة المدخول بها لمهر المثل و للزّوج الرّجوع به على أبيها المدلّس لها و إنّ بنت المهيرة تستحقّ للمهر الأوّل المسمّى اللّهمّ إلّا أن يفرض كون المهر الأوّل المسمّى الّذي حكم باستحقاق بنت الأمة له مساوياً لمهرالمثل و يكون المراد من كون مهر بنت المهيرة على أبيها هوأنّ الزّوج يرجع بالمهر الأوّل الّذي غرمه لبنت الأمة على الأب فيأخذه منه و يدفعه إلى بنت المهيرة فتدبّر .

و يمكن أن يقال : أمّا الصحيحة الأولى فظاهرها وقوع العقد على المخطوبة بقرينة قوله عليه السلام على المحكي «تردّ إليه امرأته» وقول السائل على المحكيّ « فلمّا كانت ليلة دخولها على زوجها » نعم يوهم أن يكون قوله على المحكيّ «مهرها على أبيها» راجعاً إلى امرأته لكن لا يبعد رجوعه إلى البنت الّتي اُدخلت عليه لأنّ مهرالمخطوبة ليس غرامة على الزّوج بل كان باختياره بخلاف مهر المثل للموطوءة بالشبهة فإنّه غرامة غير منتظرة توجّهت إلى الزّوج و تكون ناشئة من تدليس و لعلّ هذا قرينة على الرّجوع إلى الابنة المردودة إلى الأب .

وأمّا الصحيحة الثانية فيمكن أن يراد من قوله عليه السلام على المحكيّ فيها« تردّ الّتي سمّيت له » الّتي أتي بها غير المخطوبة والرّدّ إلى الأب لا إلى الزّوج و غرامة مهر- المثل على الأب والمهر الأوّل المهر الّتي ذكر في عقد المخطوبة فلا يخالف القواعد .

﴿ ولو تزوّج اثنان فاُدخلت امرأة كلّ منهما على الآخر كان لكلّ موطوءة مهر المثل على الواطي للشبهة وعليها العدّة ، و تعاد إلى زوجها و عليه مهرها الأصلي ولو تزوّجها بكراً فوجدها ثيّباً فلاردّ، وفي رواية ينقص مهرها ﴾ .

لو تزوّج اثنان فاُدخلت امرأة كلّ منهما على آخر فمقتضى القاعدة استحقاق كلّ موطوءة بالشبهة مهر المثل و عليها العدّة لاحترام ماء الواطي بالشبهة و تعاد إلى زوجها ، و يدلّ على ما ذكر بعض النصوص كالصحيح « في رجلين نكحا امرأتين فاُتي

هذا بامرأة ذا و هذا بامرأة ذا قال : تعتدّ هذه من هذا و هذه من هذا ثمّ ، ترجع كلّ واحدة إلى زوجها » [۱] .

و مرسلة جميل بن صالح عن الصادق عليه السلام « في اُختين اهديتا إلى أخوين في ليلة فاُدخلت امرأة هذا على هذا و اُدخلت امرأة هذا على هذا قال عليه السلام : لكلّ واحدة منهما الصداق بالغشيان و إن كان وليّهما تعمّد ذلك أغرم الصداق ولا يقرب واحد منهما امرأته حتّى تنقضي العدّة ، فإن انقضت العدّة صارت كلّ واحدة منهما إلى زوجها بالنكاح الأوّل ، قيل له عليه السلام : فإن ماتتا قبل انقضاء العدّة ؟ فقال عليه السلام : يرجع الزّوجان بنصف الصداق على ورثتهما و يرثهما الرّجلان ، قيل : فإن مات الرّجلان وهما في العدّة ؟ قال : ترثانهما ولهما نصف المهر المسمّى لهما وعليهما العدّة بعد ما تفرغان من العدّة الاُولى تعتدّان عدّة المتوفّى عنها زوجها » [۲] .

ولو تزوّجها بكراً فوجدها ثيّباً سبق البحث فيه و أنّ مقتضى الرواية أعني رواية القاسم بن الفضيل المذكورة ثبوت الخيار وهو المشهور والمشهور أنّ له أن ينقص من مهرها ،واستدلّ بصحيحة محمّد بن جزك « كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام أسأله عن رجل تزوّج جارية بكراً فوجدها ثيّباً هل يجب لها الصداق وافياً أم ينقص ؟ قال عليه السلام : ينقص » [۳] .

فيقع الكلام في مقدار النقص ، قد يقال الأولى أنّه ما بين مهر البكر و الثيّب من التفاوت و يرجع إلى تعيينه إلى العادة و تؤيّده سكوت الإمام عليه السلام عن التعيين ، ويمكن أن يقال : هذا يتمّ على فرض كون المتكلّم في مقام البيان كما هو الأصل، وأمّا من ينكر و يقول : إنّه ليس في مقام البيان في أمثال هذه الرّواية يشكل على مبناه ما ذكر .

﴿النظر الثاني في المهر وفيه أطراف ، الطرف الأوّل: كلّ ما يملكه المسلم يكون

(۱) التهذيب ج ۲ ص ۲۳۴ .

(۲) الكافي ج ۵ ص ۴۰۷ .

(۳) الكافي ج ۵ ص ۴۱۳ .

مهراً عيناً كان أو ديناً أو منفعة كتعليم الصنعة و السورة و يستوي فيه الزّوج والأجنبي أمّا لو جعلت المهر استيجاره مدّة فقولان أشبههما الجواز ، ولا تقدير للمهر في القلّة ولا في الكثرة على الأشبه بل يتقدّر بالتراضي ، ولا بدّ من تعيينه بالوصف أو الإشارة ، و يكفي المشاهدة عن كيله و وزنه ﴾ .

مقتضى الأخبار المستفيضة جواز جعل المهر ما تراضى به الزّوج و الزّوجة أو وليّهما ممّا يصحّ أن يملكه المسلم عيناً كان أو منفعة ،كثيراً كان أو قليلاً ، ففي صحيحة الكناني « سألته عليه السلام عن المهر ماهو ؟ فقال : ماتراضى عليه الناس »[(١)] .

و في صحيحة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام « الصداق كلّ شيء تراضى عليه الناس قلّ أو كثر »[(٢)] .

وفي صحيحة فضيل عنه عليه السلام أيضاً « الصداق ما تراضيا عليه من قليل أو كثير »[(٣)] .

و في صحيحة اُخرى ، عن أبي عبد الله عليه السلام « سألته عن المهر فقال : هو ماتراضى عليه النّاس أو أثنتا عشرة أوقيّة و نشّ أو خمسمائة درهم »[(٤)] .

و في صحيحة اُخرى عن أبي جعفر عليه السلام « قال : جاءت امرأة إلى النبيّ صلى الله عليه وآله فقالت : زوّجني ، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله : من لهذه ؟ فقام رجلٌ فقال : أنا يا رسول الله زوّجنيها ، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله : ما تعطيها ؟ فقال : مالي شيء فقال صلى الله عليه وآله : لا فأعادت فأعاد رسول الله صلى الله عليه وآله الكلام فلم يقم أحدٌ غير الرّجل ، ثمّ أعادت فقال رسول الله صلى الله عليه وآله : أتحسن من القرآن شيئاً ؟ فقال: نعم ، قال صلى الله عليه وآله : قد زوّجتكها على ما تُحسن من القرآن فعلّمها إيّاه »[(٥)] .

وفي صحيحة اُخرى عنه عليه السلام أيضاً « سألته عن رجل تزوّج امرأة على أن يعلّمها سورة من كتاب الله عزّ وجلّ فقال عليه السلام : ما اُحبّ أن يدخل بها حتّى يعلّمها السورة و يعطيها شيئاً ، قلت : أيجوز أن يعطيها تمراً أو زبيباً ؟ فقال عليه السلام : لا بأس بذلك إذا رضيت به كائناً ما كان »[(٦)] .

(١و٢) الكافي ج ٥ ص ٣٧٨ .
(٣و٤) الكافي ج ٥ ص ٣٧٨ .
(٥و٦) الكافي ج ٥ ص ٣٨٠ .

فلا إشكال في جواز جعل المهر ما ذكر في المتن ، نعم حكي عن الشيخ -قدّس سرّه- المنع عن جعل المنفعة مهراً استناداً إلى رواية البزنطي عن الرّضا عليه السلام قال : « قلت له: قول شعيب على نبيّنا وآله وعليه السلام «إنّي أُريد أن أُنكحك إحدى ابنتيّ هاتين على أن تأجرني ثماني حجج فان أتممت عشراً فمن عندك » أيّ الاجلين قضى؟ قال عليه السلام : الوفاء منهما أبعدهما عشر سنين ، قلت : فدخل بها قبل أن ينقضي الشرط أو بعد انقضائه؟ قال : قبل أن ينقضي ، قلت : فالرّجل يتزوّج المرأة و يشترط لأبيها إجارة شهرين يجوز ذلك ؟ فقال : إنّ موسى قد علم أنّه سيتمّ له شرطه فكيف لهذا بأن يعلم أنّه سيبقى (يبقى خ ل) حتّى يفي وقد كان الرّجل على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله يتزوّج المرأة على السورة من القرآن و على الدّرهم و على القبضة من الحنطة » [1] .

وجه الاستدلال عدم جواز جعل المهر إجارة نفسه من جهة أنّه لا يعلم بالبقاء إلى أن يفي ، فيدلّ على أنّ كلّ أمر متدرّج الوجود لا اطمينان بحصوله كالمنفعة لا يجوز جعله مهراً .

وأورد على الاستدلال بها مضافاً إلى ضعف السند بوجوه منها تقريره عليه السلام السائل على ما زعمه من جواز جعل المهر لأب الزّوجة مع أنّه مخالف للأخبار الصحيحة الصريحة في عدم جواز ذلك معلّلاً بأنّه ثمن رقبتها وهي أحقّ بمهرها و منها ظهورها في كون المانع عدم الاطمينان بحصول المنفعة و مقتضى ذلك الجواز مع العلم بحصولها .

و منها أنّ مقتضي ما فيها من التعليل عدم جواز جعل تعليم السورة و نحوه مهراً لعدم الاطمينان بحصوله مع أنّ جوازه ممّا قام عليه الاجماع وتضمّنته نفس هذه الرّواية ودلّت عليه الأخبار . و اُجيب بامكان التفصّي عن الكلّ أمّا عن الأوّل فبأن يقال: إنّ ما جعل للأب في الرّواية هو نفس الاجارة وليست هي مهراً لها بل المهر لها اشتراطها ولا محذور في جعله مهراً بعد كونه ممّا يتعلّق به غرض عقلائي و مشمولاً لعموم قوله عليه السلام في بعض الأخبار ما تراضيا عليه في جواب السؤال عن المهر . وأمّا عن الثاني

---

(١) الكافي ج ٥ ص ٤١٢ .

فبأنّ قوله عليه السلام « إنّ موسى عليه السلام قد علم الخ » في مقام بيان حكمة الحكم لا علّته كي يدور الحكم مداره ، ويجوز جعل المنفعة مهراً فيما لواطمئنّ بحصولها . و أمّا عن الثالث فبمنع كون مثل تعليم السورة ممّا لا اطمينان بحصوله .

و يمكن أن يقال : ماذكر في التفصّي عن الإشكال الأوّل يتمّ مع كون الاشتراط للمرأة و إن كان المشروط لأبيها والسؤال في الرّواية ليس ظاهراً فيه بل ظاهره كون نفس الاشتراط للأب ولا أقلّ من احتمال كلامه فلابدّ من كون الجواب شاملاً له ، وماذكر في التفصّي عن الثاني يشكل من جهة أنّه إذاكان الحكمة في المنع عدم الاطميناان بالوفاء فالعلم والاطميناان لايفيدان فكيف علّل الصحّة في قضيّة موسى على نبيّنا وآله وعليه السلام وما ذكر في التفصّي عن الثالث يشكل من أنّه قد يجعل المهر تعليم مثل سورة البقرة وسورة آل عمران أو غيرها من السور الطوال والمرأة عجميّة لا تعرف شيئاً لا بدّ من تكرير الآيات مدّة طويلة حتّى تحفظ السورة بتمامها أو السورتين أو أزيد فكيف يمنع عدم حصول الاطميناان ؟ وكيف كان المشهور لم يعملوا بمضمون هذه الرّواية ، وقالوا بضعف سندها و قد ظهر من الأخبار المذكورة كفاية ما تراضى به الزّوجة والزّوج من دون تقدير في القلّة والكثرة ، والمحكيّ عن علم الهدى السيّد المرتضى - قدّس سرّه - المنع عن الزّيادة عن مهر السنّة وهو خمس مائة درهم وإنّ ما زاد على ذلك ردّ إلى هذه السنّة » .

واحتجّ عليه في الانتصار بعد إجماع الطائفة بأنّ المهر يتبعه أحكام شرعيّة فاذا وقع العقد على مهر السنّة فما دون ترتّبت عليه الأحكام بالاجماع و أمّا الزّائد فليس عليه إجماع ولا دليل شرعي ، ولايخفى مافيه .

و أمّا الاستدلال له بما رواه الشيخ عن محمّد بن سنان عن المفضّل بن عمر قال : « دخلت على أبي عبدالله عليه السلام : فقلت له : أخبرني عن مهر المرأة الّذي لايجوز للمؤمن أن يجوزه ؟ فقال عليه السلام : السنّة المحمّديّة صلّى الله على محمّد وآله خمسمائة درهم فمن زادعلى ذلك ردّ إلى السنّة ولا شيء عليه أكثر من خمس مائة درهم فإن أعطاها من الخمس مائة درهم درهماً أو أكثر من ذلك ثمّ دخل بها فلاشيء عليه ، قال : قلت :

فإن طلّقها بعد ما دخل بها ؟ قال : لاشيء لها إنّما كان شرطها خمس مائة درهم فلمّا أن دخل بها قبل أن تستوفي صداقها هدم الصداق فلاشيء لها إنّما لها ما أخذت من قبل أن يدخل بها فإذا طلبت بعد ذلك في حياته أو بعد موته فلاشيء لها [1]» فمع ضعف السند ومعارضته للأخبار المعتبرة ومخالفته لقوله تعالى «وإن آتيتم إحداهنّ قنطاراً فلاتأخذوا منه شيئاً » لامجال للعمل به .

وأمّا لزوم تعيين المهر بالوصف أو الإشارة وكفاية المشاهدة فهو المصرّح به في كلمات الأصحاب و يشكل من جهة أنّه إن كان النظر إلى نفي الغرر فالدّليل المعتبر عليه مخصوص بالبيع ويتعدّى عنه إلى الإجارة ، وقيل : كذلك الصلح المبنيّ على المداقّة ، وعلى فرض التمسّك في المقام لابدّ من التعيين كما في البيع ولا يلتزمون به في المقام فلايبعد التمسّك باطلاق الأخبار للصحّة مع عدم التعيين .

ويدلّ على الصحّة الصحيحة المتقدّمة المتضمّنة لحكاية المرأة الّتي أتت إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وطلبت أن يزوّجها فإنّ المهر فيها قد جعل مايحسنه الرّجل من القرآن ولم يسأل عن مقداره وما دلّ من الاخبار على جواز جعل المهر بيتاً أو داراً أو خادماً وإنّ لها الوسط منها .

﴿ ولو تزوّجها على خادم فلم يتعيّن فلها وسطه ، وكذا لو قال : دار أو بيتٌ ، ولو قال : على السنّة كان خمسمائة درهم ، ولو سمّى لها مهراً ولأبيها شيئاً سقط ماسمّى له ، ولو عقد الذّميّان على خمر أو خنزير صحّ ، ولو أسلما أو أحدهما قبل القبض فلها القيمة عيناً أو مضموناً ، ولايجوز عقد المسلم على الخمر ولو عقد صحّ ، ولها مع الدّخول مهر المثل وقيل يبطل العقد ﴾ .

لو تزوّجها على خادم من دون التعيين صحّ ويدلّ على الصحّة والتعيين في الوسط مارواه في الكافي والتهذيب عن ابن أبي عمير عن عليّ بن أبي حمزة قال : «قلت لأبي الحسن عليه السلام تزوّج رجلٌ امرأة على خادم ؟ قال: فقال : لها وسط : من الخدم ، قال : قلت :

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢١٦ .

على بيت ؟ قال : وسط من البيوت [١] » .

وما رواه في التهذيب في الصحيح عن ابن أبي عمير عن بعض أصحابنا ، عن أبي الحسن عليه السلام « في رجل تزوّج امرأة على دار ؟ قال : لها دار وسط [٢] » .

و مارواه في الكافي عن علي بن أبي حمزة قال : « سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن رجل زوّج ابنته ابن أخيه وأمهرها بيتاً وخادماً ، ثمّ مات الرّجل ؟ قال : يؤخذ المهر من وسط المال ، قال : قلت: فالبيت والخادم ؟ قال : وسط من البيوت ، والخادم وسط من الخدم قلت : ثلاثين أربعين ديناراً ؟ والبيت نحو من ذلك ؟ فقال : هذا يعني سبعين ثمانين ديناراً أو مائة نحو من ذلك [٣] » .

قد يتوقّف في الحكم من جهة ضعف السند من جهة عليّ بن أبي حمزة رأس الواقفيّة وقد يؤخذ بمضمون الأخبار المذكورة ويقتصر على ماذكر في الأخبار المذكورة لكونها على خلاف ما تسالموا عليه .

ويمكن أن يقال : أمّا ضعف السند فمع رواية ابن أبي عمير مع جلالة قدره و خصوص ما رواه في الصحيح المذكور لا يوجب الإشكال ، وأمّا الاقتصار على مورد النصّ فهو على تقدير كون الحكم على خلاف الأصول والقواعد ، وأمّا مع عدم الدّليل على لزوم التعيين وكفاية الإطلاقات فلا يبعد التعدّي إلى غير ماذكر في النصوص المذكورة لكن مقتضى القاعدة مع قطع النظر عن الأخبار المذكورة عدم تعيّن الوسط بل جواز الاقتصار على ما يصدق العنوان المذكور في العقد عليه كما أنّه لو أخذت المرأة الفرد الأكمل ما أخذت الزّائد عن حقّها لكونه مصداقاً فإن استفيد من الأخبار تعيّن الوسط أشكل التعدّي عن موردها ، و إن كان التعيين رعاية لطرف الزّوج والزّوجة بحيث لو تراضيا على أحد الطرفين كان لهما ذلك أمكن التعدّي لكنّه مع ذلك يشكل الاحتياج إلى رضى الزّوجة لأنّها لاتستحقّ إلّا ما صدق عليه ما هو مذكور في العقد .

---

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٨١ والتهذيب ج ٢ ص ٢١٨ .

(٢) المصدر ج ٢ ٢٢٠ .

(٣) المصدر ج ٥ ص ٣٨١ .

ولو تزوّج على السنّة ولم يسمّ مهراً فالمشهور من غير خلاف يعرف أنّ مهرها خمسمائة درهم واستدلّ عليه بمارواه في التهذيب عن اُسامة بن حفص القيّم لأبي الحسن موسى عليه السلام المعتبر بوجود المجمع على تصحيح ما يصحّ عنه في سنده وبالانجبار بعمل الأصحاب قال: « قلت له رجلٌ تزوّج امرأة ولم يسمّ لها مهراً و كان في الكلام أتزوّجك على كتاب الله وسنّة نبيّه صلى الله عليه وآله فمات عنها أو أرادأن يدخل بها فمالها من المهر؟ قال عليه السلام مهر السنّة ، قال : قلت : يقول أهلها : مهور نسائها ، فقال : هو مهر السنّة و كلّما قلت له شيئاً قال عليه السلام : مهر السنّة [1] » .

وقد يقرّب الاستدلال بعد حملها على ما إذا كان المراد من هذه العبارة يعني قوله على كتاب الله وسنّة نبيّه صلى الله عليه وآله » هو خصوص مهر السنّة أوجميع ما اعتبر في التزويج في الكتاب و السنّة من الشرائط والخصوصيّات الّتي منها كون المهر خمسمائة درهم إذ لوكان المراد بهذه العبارة أنّه نكاح غير سفاح من غير أن يقصد منها المهر عموماً أو خصوصاً كان الواجب مهر المثل لعدم ذكر المهر حينئذ بأنّه لمّا كان الزّوج والزّوجة في مورد السؤال جاهلين حين العقد بمقدار ما عقدا عليه من مهر السنّة و توهّم أهلها فساد هذا المهر بمكان الغرر واستحقاقها مهر المثل أجاب الإمام عليه السلام باستحقاقها لما عقدا عليه من مهر السنّة و أنّ الجهالة لا تضرّ بصحّته لكن يرد عليه أنّه لو كان السؤال في الرّواية عن صحّة المهر وفساده من جهة الجهالة بمقداره لم يكن وجه لتوهّم أهلها أنّ لها مهر نسائها لومات عنها زوجها او أراد الدّخول بها ، ضرورة أنّه لو كان المهر المذكور في العقد فاسداً يكون العقد كالخالي عن المهر رأساً في أنّها لا تستحقّ إلّا مهر المثل بالدّخول لا بإرادته وأنّها لومات عنها زوجها قبله لا تستحقّ شيئاً إلّا أن يحمل هذا التوهّم من أهلها على جهلهم بالمسئلة فتدبّر .

و يمكن أن يقال : هذا التقريب يشكل كفايته لما ذهب إليه المشهور حيث إنّ ظاهر كلماتهم أنّه متى عبّر في العقد بالعبارة المذكورة تستحقّ المرأة خمسمائة درهم

---

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٢٧ و الاستبصار ج ٣ ص ٢٢٥ .

مع أنّ هذه العبارة قابلة لأن يراد منها النكاح المشروع غير السفاح و يبعد أن يراد منها خصوص مهر السنّة من جهة عدم ذكره في الكتاب ، والتوجيه بأنّه ورد في الكتاب « ما آتاكم الرّسول فخذوه » بعيدٌ لعدم توجّه عموم الناس لهذا بل لعلّ العطف يوجب المغايرة بغير هذا الوجه .

ولو سمّى للمرأة مهراً ولأبيها شيئاً سقط ما سمّى له ، أمّا صحّة المهر الّذي جعله للزّوجة و بطلان ماسمّاه لغيره فظاهر الأصحاب الاتّفاق عليهما و استدلّوا على ذلك بصحيحة الوشّاء عن الرّضا عليه السلام قال : «لوأنّ رجلاً تزوّج امرأة وجعل مهرها عشرين ألفاً وجعل لأبيها عشرة آلاف كان المهر جائزاً والّذي جعله لأبيها فاسداً[1]» .

ولا يخفى أنّ ظاهر الصحيحة أنّ عشرة آلاف المجعول لأبيها كان فاسداً فلو فرض أن شرط الزّوج للمرأة أن يعطي الأب شيئاً بحيث يكون الشرط للمرأة وداخلا في مهرها و المشروط للأب أو بنحو شرط النتيجة و ملكيّة الأب لشيء ، كما لو باع شيئاً وشرط للمشتري أن يعطي شخصاً آخر شيئاً أو يملك عليه شيئاً أو يعمل له عملاً فالظاهر عدم شمول الصحيحة للمفروض ولا أقلّ من الشك ولا ينافي ما دلّ من الأخبار المانعة من جعل المهر لأب الزّوجة معلّلا بأنّه ثمن رقبتها الشاملة باطلاقها لجعل بعض المهر لأبيها . ألا ترى صحّة البيع واشتراط شيء لغير البايع بنحو يكون الشرط للبايع و المشروط للغير مع التسالم على أنّ مقتضى المعارضة دخول العوض في ملك من يخرج عن ملكه المعوّض .

ولو عقد الذّمّيان على خمر أو خنزير صحّ سواء قيل بأنّ الكفّار ليسوا مكلّفين بالأحكام الوضعيّة وأنّ ما بأيديهم من الأسباب صحيح مؤثّر في حصول ماقصدوه منها من المسبّبات و إن كان الظاهر خلافه بل مقتضى إطلاق الأدلّة عدم الفرق بين المكلّفين والكفّار مكلّفون بجميع الفروع كالأصول ، و هل يمكن القول بصحّة نكاح المحارم كما يلتزم به المجوس بناءً على كونهم من أهل الذّمّة ، أوقلنا بأنّهم مكلّفون كالمسلمين

---

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٨٤ .

غاية الأمر إنّهم مقرّون على صحّة ما في أيديهم من الأسباب مماشاة معهم وإلزاماً لهم بما ألزموا على أنفسهم مع كونها فاسدة غير مؤثّرة فيما قصدوه منها من الآثار ، و ذلك لأنّ الخمر والخنزير يصحّ تملّكها في شريعتهم فيصحّ لهم جعلها مهراً ، و حينئذ لو أسلما أو أسلم أحدهما فإن كان بعد القبض فلا إشكال في أنّه لا شيء للزّوجة على الزّوج لبراءة ذمّته وإن كان قبل القبض فهل يجب على الزّوج دفع ما هو القيمة عند المستحلّين تنزيلاً لتعذّر التسليم منزلة التلف أو الواجب مهر المثل تنزيلاً لتعذّر التسليم منزلة الفساد .

ذهب المشهور إلى الأوّل و يدلّ عليه ما رواه المشايخ الثلاثة عن رومي بن زرارة ، عن عبيد بن زرارة قال : « قلت لأبي عبدالله عليه السلام : النصراني يتزوّج النصرانيّة على ثلاثين دنّاً من خمر أو ثلاثين خنزيراً ثمّ أسلما بعد ذلك و لم يكن دخل بها ؟ قال عليه السلام : ينظر كم قيمة الخمر وكم قيمة الخنزير فيرسل بها إليها ، ثمّ يدخل عليها و هما على نكاحهما الأوّل » (١) .

ولا يعارضه ما رواه في الكافي والتهذيب عن طلحة بن زيد عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سأله رجل عن رجلين من أهل الذّمّة أو من أهل الحرب تزوّج كلّ واحد منهما امرأة و أمهرها خمراً او خنازير ، ثمّ أسلما ؟ فقال عليه السلام : ذلك النكاح جائز حلال لا يحرم من قبل الخمر ولا من قبل الخنازير ، قلت : فإن أسلما قبل أن يدفع إليها الخمر ؟ قال : اذا أسلما حرم عليه أن يدفع إليها شيئاً من ذلك و لكن يعطيها صداقها » (٢) .

قد يقال في دفع المعارضة : إنّ الرواية الاولى صريحة في وجوب الانتقال إلى القيمة بخلاف الثانية فإنّها ليست إلّا ظاهرة في وجوب الانتقال إلى مهر المثل ، و ذلك لإمكان حمل الصداق فيها على القيمة مضافاً إلى أنّ الظاهر أنّ المراد من قول الرّاوي في الثانية

---

(١) التهذيب ج٢ ص٢١٥ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٣٦ والتهذيب ج ٢ ص ٢١٤ .

« فان أسلما ـ الخ » هو إسلام الرّجلين لا إسلام الزوّج والزّوجة ، فتكون الرّواية خارجة موضوعاً عمّا نحن فيه .

ويمكن أن يقال : أمّا الرّواية الأولى فحملها على صورة عدم قبض المهر مشكل بل إطلاقه يشمل صورتي القبض و عدم القبض ، فما ذكر من أنّه لا إشكال مع القبض مشكل إلّا أن يكون إتّفاق .

وأمّا ما ذكر من رفع المعارضة بين الخبرين فلا نسلّم فيه صراحة الأولى في تعيّن القيمة بل هي ظاهرة في التعيّن فلا يبعد الجمع برفع اليد عن ظهور كلٍّ فيها بنصّ الآخر أو كالنصّ ، فإنّ حمل الثانية على القيمة بعيد لا يصار إليه .

و أمّا ما ذكر من ظهور قوله في الثانية « فإن أسلما ـ الخ » في إسلام الرّجلين لا الزّوج والزّوجة فيشكل من جهة أنّه لا يناسب مع قوله قبل أن يدفع إليها الخمر إلخ ، بل كان المناسب أن يقول قبل أن يدفعا إليهما الخمر والخنزير هذا مضافاً إلى أنّه بعد ما حرّم دفع المسمّى إلى الزّوجة ولو كانت كافرة لعلّه لا يفرّق الأصحاب بين صورة إسلام الزّوجة و عدم إسلامها ، ثمّ إنّه لا فرق بين كون المهر عيناً شخصيّة كخمر شخصيّة أو خنزير شخصي أو كلّيٍّ مضمون و إطلاق الخبرين يشملهما ولا يجوز عقد المسلم على مثل الخمر والخنزير ممّا لا ماليّة له في الشرع المقدس بمعنى انّه لا يصير مهرا ولو وقع العقد و ان فسد المهر . أو يقع العقد باطلاً الظاهر عدم الاشكال في الصحّة فيما إذا عقدا على ما لا ماليّة له في الشرع بزعم كونه ممّا يصحّ تملّكه كما لو عقدا على ظرف من الخمر بزعم أنّه خلّ و إنّما وقع الخلاف في صورة التوجّه و العلم ، فذهب جماعة إلى البطلان و استدلّ لهم بأنّ رضا الزّوجة بالنكاح كان معلّقاً على صيرورة المهر المسمّى ملكاً لها فاذا لم يصر المسمّى لبطلانه ملكاً لها فلا رضا لها بالنكاح ، و بأنّ النكاح مع ذكر المهر فيه من العقود المعاوضيّة لدخول الباء على المهر وإطلاق الأجر في قوله تعالى «فآتوهنّ اُجورهنّ» فلابدّ أن يعتبر فيه ما يعتبر فيها من توقّف صحّتها على صحّة العوض ولا ينافي صحّته بلا مهر جريان حكم المعاوضة مع ذكر المهر .

و يمكن أن يقال : أوّلاً كثيراً تكون الزّوجة راضية بالنكاح مع قطع النظر عن المهر المسمّى في العقد فيكون من باب تعدّد المطلوب ، و على فرض وحدة المطلوب

لا يكون المهر من قبيل العوض في باب البيع والإجارة و ليس ركناً في النكاح و لذا يصحّ النكاح بدون ذكر المهر بخلاف باب البيع والإجارة ، نعم لا إشكال في الارتباط فمع الارتباط يكون نظير شروط المذكورة في ضمن العقود فمع عدم الإمضاء من طرف الشرع المقدّس لا يخرج العقد عن القصد ، ألا ترى أنّه لو شرب الصائم مايعاً بتوهّم أنّه ماء بحيث لولا هذا التوهّم لما شرب لم يخرج شرب هذا المايع مع أنّه لم يكن ماءً عن الإفطار العمديّ ، و أوضح من هذا ما لو توجّه إلى عدم الإمضاء من قبل الشرع .

و يمكن الاستدلال بما دلّ من الأخبار على أنّه لو اشترط في العقد ما يخالف المشروع مثل أن لا يتزوّج عليها أولا يتسرّى بطل الشرط و صحّ العقد معلّلا بأنّ شرط الله قبل شرطكم .

﴿ الطرف الثاني التفويض : لا يشترط في الصحّة ذكر المهر فلو أغفله أو شرط أن لا مهر لها فالعقد صحيح ، و لوطلّق فلها المتعة قبل الدّخول و بعده لها مهر المثل ، و يعتبر في مهر المثل حالها في الشرف والجمال وفي المتعة حاله ، فالغني يتمتّع بالثوب المرتفع أو عشرة دنانير فأزيد ، والفقير بالخاتم أوالدّرهم،والمتوسّط بينهما ، ولوجعل الحكم لأحدهما في تقدير المهر صحّ ، و يحكم الزّوج بماشاء وإن قلّ ، وإن حكمت المرأة لم تتجاوز مهر السنّة ، ولو مات الحاكم قبل الدّخول و قبل الحكم فالمرويّ لها المتعة ﴾ .

لا خلاف في أنّ ذكر المهر ليس شرطاً في صحّة عقد و يدلّ عليه قوله تعالى « لا جناح عليكم إن طلّقتم النساء ما لم تمسّوهنّ أو تفرضوا لهنّ فريضة و متّعوهنّ على الموسع قدره و على المقتر قدره متاعاً بالمعروف حقّاً على المحسنين » والنصوص منها ما رواه في الكافي عن عبدالرّحمن بن أبي عبدالله قال : « قال أبوعبدالله عليه السلام في رجل تزوّج امرأة و لم يفرض لها صداقاً ، ثمّ دخل بها ؟ قال عليه السلام : صداق نسائها »[1] .

وفي رواية اُخرى له عنه عليه السلام « سألته عن رجل تزوّج امرأة ولم يفرض لها

(١) المصدر ج ٢ ص ٣٨١ .

صداقاً فمات عنها أو طلّقها قبل أن يدخل بها مالها عليه ؟ قال عليه السلام : ليس لها صداق وهي ترثه ويرثها[1] » .

و مارواه الشيخ في الموثّق عن منصور بن حازم قال : « قلت لأبي عبدالله عليه السلام في رجل تزوّج امرأة ولم يفرض لها صداقاً ؟ قال عليه السلام : لاشيء لها من الصداق ، فإن كان دخل بها فلها مهر نسائها[2] » .

و ما عن الحلبيّ في الصحيح قال : « سألته عن رجل تزوّج امرأة فدخل بها ولم يفرض لها مهراً ، ثمّ طلّقها ؟ فقال : لها مهر ، مثل مهور نسائها ويمتّعها »[3] .

و ما عن أبي بصير عن الصادق عليه السلام قال : سألته عن رجل تزوّج امرأة فوهم أن يسمّى لها صداقاً حتّى دخل بها ؟ قال عليه السلام : السنّة ، والسنّة خمسمائة درهم[4]» .

فالتزوّج بدون ذكر المهر صحيح بلا إشكال ولاخلاف .

و أمّا لوشرط عدم المهر حتّى بعد الدّخول فلا إشكال ولا خلاف في فساد الشرط لكونه خلاف السنّة ، والمعروف فساد العقد أيضاً ولعلّ وجهه صحيحة الحلبي «سألت أباعبدالله عليه السلام عن المرأة تهب نفسها للرّجل ينكحها بغير مهر ، فقال عليه السلام : إنّما كان هذا للنبيّ صلى الله عليه وآله وأمّا لغيره فلايصلح هذا حتّى يعوّضها شيئاً يقدم إليها قبل أن يدخل بهاقلّ أو كثر . ولوثوب أودرهم وقال : يجزى الدّرهم[5] » .

وقد يقال : لايخفى عدم دلالتها على فساد العقد لاحتمال أن يكون المراد من ينكحها في قول السائل هو الوطي فلادلالة لها إلّا على عدم جواز الدّخول بغيرعوض ، ويمكن أن يقال : يبعد أن يكون المراد الوطي لخروجه عن النكاح الدّائم والمنقطع وكيف مثل الحلبيّ يخفى عليه حتّى يحتاج إلى السؤال ، وعلى فرض احتمال هذاالمعنى

---

(١) الكافي ج ٧ ص ١٣٣ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢١٥ والاستبصار ج ٣ ص ٢٢٥ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢١٧ والاستبصار ج ٣ ص ٢٢٥ .

(٤) التهذيب ج ٢ ص ٢١٧ والاستبصار ج ٣ ص ٢٢٥ .

(٥) الكافي ج ٥ ص ٣٨٤ .

واحتمال العقد لابدّ من أن ينطبق الجواب على كلا الاحتمالين ، نعم يمكن الخدشة بالدلالة من جهة عدم ظهور لايصلح في عدم الجواز الوضعي مع اقترانه بقوله حتّى يعوّضها شيئاً يقدم إليها مع أنّ الإعطاء قبل الدّخول غير لازم .

ثمّ إنّه لاإشكال في أنّ مجرّد العقد في تفويض البضع لايوجب المهر ولا المتعة وإنّما يجب مهر المثل بالدّخول والمتعة بالطلاق قبل الدّخول ويدلّ عليه قوله تعالى في الآية الشريفة والأخبار المذكورة والمعروف بين الأصحاب أنّ المعتبر في مهر المثل حال المرأة فالمراد به مايبذل في مقابل نكاح أمثالها ممّن كانت متّصفة بمثل صفاتها وماهي عليه من الشرف والجمال وعادة نسائها والسنّ و البكارة والثروة والعقل و العفّة والأدب وحسن تدبير المنزل وأضدادها و بالجملة مايختلف به الغرض والرّغبة والمذكور في الأخبار قولهم عليهم السلام : لها صداق نسائها ، ومهر مثل مهور نسائها الظاهر في نساء أهلها وقد يوجّه بدعوى أنّ المراد من نسائها فيها من شابهتها في الصفات من نساء أهلها من جهة أنّ ذلك نوع من التقويم الّذى ينبغي ويبعد هذا التوجيه أنّه على هذا ليس لذكر خصوص نسائها فائدة ، وربّما لم يكن في نسائها من تكون مثلها فالظاهر ملاحظة نساء أهلها من دون ملاحظة ماذكر والمعروف أيضاً أنّه يرجع إلى مهر المثل ما لم يتجاوز عن مهر السنّة ومع التجاوز يردّ إلى مهر السنّة .

واستدلّ عليهم مضافاً إلى دعوى الإجماع برواية أبي بصير المذكورة وأورد عليه بأنّ الرّواية مع ضعف سندها وإن كانت منجبرة بالشهرة قاصرة الدّلالة من جهة أنّها ظاهرة بقرينة الفاء في مفوّضة المهر لامفوّضة البضع وهذه محلّ كلامنا ، بل يمكن دعوى أنّ موردها ليس المفوّضة أصلا لأنّ ظاهرها أنّه كان بناؤه على ذكر المهر و نسيه ، هذا مضافاً إلى أنّ مقتضى إطلاقها هو استحقاقها لمهر السنّة بالدّخول مطلقاً سواء كان مهر مثلها أقلّ من مهر السنّة أو أكثر فتقع المعارضة بينها و بين مادلّ على أنّها تستحقّ بالدّخول مهر نسائها أقلّ من مهر السنّة أو أكثر . ثمّ جمع بينهما بحمل مهر النساء في الثاني على مهر السنّة ، واستشهد لهذا الجمع بأخبار منها صحيح الحلبيّ عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «سألته عن المهر فقال : ماتراضى عليه الناس أو اثنتى عشرة

أوقيّة و نشّ أو خمسمائة درهم » (١) .

و منها رواية جميل بن درّاج عن أبي‌عبدالله عليه السلام قال : « المهرما تراضى‌عليه الناس أو اثنتى عشرة أوقيّة و نشّ أو خمسمائة درهم » (٢) .

و ما في ذيل رواية العيّاشي عن عمر بن يزيد في جواب السؤال عن مقدار مهر المثل أنّ مهر المؤمنات خمسمائة و هو مهر السنّة ، و قد يكون أقلّ من خمسمائة ولا يكون أكثر من ذلك و من كان مهرها و مهر نسائها أقلّ من خمسمائة أعطى ذلك الشيء و من فخر و بذخ بالمهر فازداد على خمسمائة ثمّ وجب عليها مهر نسائها في علّة من العلل لم يزدد على مهر السنّة خمسمائة درهم ، ويمكن أن يقال : لم نفهم شهادة صحيح المذكور و رواية جميل لما ذكر من الجمع كما لا يخفى .

و أمّا رواية العيّاشيّ فمحمولة على أنّ المؤمنات لا ينبغي أن يكون مهرهنّ أزيد من‌مهر السنّة ، وليست‌إخباراً بأنّ مهرهنّ لا يكون أزيد فمع‌كون المهر أزيدكيف يردّ إلى مهر السنّة مع ظهور ما دلّ على أنّ المفوّضة مهرها مهر نسائها و كونه في مقام ا لبيان فيشكل رفع اليد بواسطة خبر العيّاشي .

ثمّ إنّ ظاهر الفتاوي عدم ثبوت المتعة إلّا للمفوّضة التي طلّقت قبل الدّخول و استدلّوا عليه مضافاً إلى قوله تعالى « لا جناح عليكم إن طلّقتم النساء ما لم تمسّوهنّ أو تفرضوا لهنّ فريضة و متّعوهنّ على الموسع قدره و على المقتر قدره متاعاً بالمعروف حقّاً على المحسنين » بأخبار كثيرة .

منها رواية عليّ بن أحمد بن أشيم قال : « قلت لأبي الحسن عليه السلام : أخبرني‌عن المطلّقة التى تجب لها على زوجها المتعة أيّهنّ هي ؟ فا نّ بعض مواليك يزعم أنّها تجب المتعة للمطلّقة الّتي‌قد بأنت وليس لزوجها عليها رجعة و الّتي عليها رجعة فلامتعة لها ، فكتب عليه السّلام البائنة » (٣) بناءً على كون المراد من البائنة هي المطلّقة قبل الدّخول .

(١و٢) الكافى ج ٤ ص ٣٧٨ و ٣٧٩ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٨٨ .

و رواية الحلبيّ عن أبي عبد الله عليه السلام « في الرّجل يطلّق امرأته قبل أن يدخل بها ؟ قال عليه السلام : عليه نصف المهر إن كان فرض لها شيئاً و إن لم يكن فرض لها شيئاً فليمتّعها على نحو ما يمتّع به مثلها من النساء » [١] .

و رواية أبي الصباح الكنانيّ عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « إذا طلّق الرّجل امرأته قبل أن يدخل بها فلها نصف مهرها ، وإن لم يكن سمّى لها مهراً فمتاع بالمعروف على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ، وليس لها عدّة تتزوّج إن شاءت من ساعتها» [٢] .

و رواية الحسن بن زياد ، عن أبي عبدالله عليه السلام « عن رجل طلّق امرأته قبل أن يدخل بها ، قال : فقال : إن كان سمّى لها مهراً فلها نصفه ، و إن لم يكن سمّى لها مهراً فلا مهر لها ، و لكن يمتّعها إنّ الله يقول : « و للمطلّقات متاع بالمعروف حقّاً على المتّقين » [٣] .

و رواية أبي بصير قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل طلّق امرأته قبل أن يدخل بها - إلى أن قال - و إن لم يكن فرض لها شيئاً فليمتّعها على نحو ما يمتّع به مثلها من النساء » [٤] .

و ما عن فقه الرّضا عليه السلام «كلّ من طلّق امرأته من قبل أن يدخل بها فلا عدّة عليها منه ، فان كان سمّى لها صداقاً فلها نصف الصداق ، وإن لم يكن سمّى لها صداقاً يمتّعها بشيء قلّ أو كثر على قدر يساره فالموسع يمتّع بخادم أو دابّة ، والوسط بثوب ، والفقير بدرهم و خاتم كما قال الله تعالى « و متّعوهنّ على الموسع قدره و على المقتر قدره متاعاً بالمعروف » .

و قد يقال : لا يخفى عدم دلالة شيء منها على حصر المتعة و اختصاصها بالمطلّقة الغير المدخول بها ، أمّا الآية الشريفة فلعدم دلالتها إلّا على اشتراط انتفاء المهر للمطلّقة

---

(١) الكافي ج ۶ ص ١٠۶ والتهذيب ج ٢ ص ٢٨٨ .

(٢) الفقيه باب طلاق التي لم يدخل بها تحت رقم ١ ، ورواه العياشي ج ١ ص ١٢٢ .

(٣) رواه العياشي ج ١ ص ١٣٠ .

(۴) الكافي ج ۶ ص ١٠٨ .

بانتفاء أحد الأمرين من الدخول و فرض الفريضة .

أمّا اشتراط ثبوت المتعة لها بانتفاء أحدهما كي تدلّ بمفهومها على عدم ثبوتها عند وجود أحدهما فلا دلالة لها عليه أصلاً و إنّما تدلّ على مجرّد ثبوتها للمطلّقة الّتي لا مهر لها لانتفاء أحد الأمرين ، ومن المعلوم أنّ مجرّد تغيير موضوع الحكم بقيد لا يوجب إلّا تضييق موضوع ذلك الحكم لا انتفاءه عنه عند انتفاء ذلك القيد و من هنا ظهر وجه عدم دلالة الأخبار أيضاً على الحصر والاختصاص ، وذلك لعدم دلالتها إلّا على ثبوت المتعة للمطلّقة الغير المدخول بها .

و أمّا اشتراط ثبوتها لها بعدم الدخول كي يدلّ على حصرها و اختصاصها بغير المدخول بها فلا دلالة لها عليه أصلاً فتدبّر ، نعم رواية عليّ بن أحمد تدلّ على الحصر بغير المدخولة بناء على حمل قوله عليه السلام فيها «البائنة» على المطلّقة قبل الدخول، لكن لاشاهد على هذا الحمل .

و يمكن أن يقال : ما ذكر من أنّ مجرّد تقييد موضوع الحكم بقيد لايوجب ـالخ يشكل لأنّ الأصل في القيودالاحترازيّة فمع انتفاء القيد ينتفي الحكم إلّا أن يقوم مقام القيد المذكور قيد آخر ، و أمّا رواية عليّ بن أحمد المذكورة فالمستفاد منها الحصر في البائن والبائن الغير المدخول بها والمطلّقة ثلاثاً فلابدّ من مدخليّة البينونة و عدم استحقاق الزّوج للرّجع ، و على هذا فلامجال للتمسّك بمثل صحيحة الحلبيّ عن أبي عبد الله عليه السلام « سألته عن رجل تزوّج امرأة فدخل بها ولم يفرض لها مهراً ، ثمّ طلّقها قال عليه السلام لها مثل مهور نسائها و يمتّعها »[1] .

وخبره الآخر عنه عليه السلام « في قول الله تعالى « وللمطلّقات متاعٌ بالمعروف» قال : متاعها بعدأن تنقضي عدّتها على الموسع قدره و على المقتر قدره »[2] مع أنّ العدّة مخصوصة في غير الوفاة بالمدخول بها .

---

(١) الكافي ج ٦ ص ١٠٥ .

(٢) « « « «

ورواية زرارة ، عن أبي جعفر عليه السلام «متعة النساء واجبة دخل بها أو لم يدخل بها»[1] للتعميم و ذلك لظهور الأخبار في أنّ المدخول بها ليس لها مع عدم فرض المهر إلّا مهر نسائها ولا يجب لها المتعة ولا تنافي استحبابها بل ادّعي الاجماع على اختصاص الوجوب بالمطلّقة المفوّضة الّتي لم يفرض لها المهر ولم يدخل بها » .

ثمّ إنّ ظاهر الأصحاب أنّ المعتبر في المتعة حال الزّوج خاصّة وهذا هو الظاهر من الكتاب العزيز و خبر الكنانيّ ، عن أبي عبدالله عليه السلام « إذا طلّق الرّجل امرأته قبل أن يدخل بها فلها نصف مهرها فان لم يكن سمّى لها مهراً فمتاعاً بالمعروف على الموسع قدره و على المقتر قدره »[2] .

و قد يقال : الظاهر من قوله تعالى و من قوله عليه السلام « على الموسع قدره و على المقتر قدره» هو اعتبار حال الزّوج في مقام الإعطاء و حينئذ لا ينافي اعتبار حالها ضرورة أنّه كما أنّ حال الزّوج يتفاوت في مقام الإعطاء بحسب كونه موسعاً أو مقتراً كذلك يتفاوت بحسب كون المستعطى شريفاً أو وضيعاً ، ويؤيّد ذلك ما في صحيحة الحلبيّ عن الصادق عليه السلام « في رجل طلّق امرأته قبل أن يدخل بها من قوله عليه السلام : عليه نصف المهر إن كان فرض لها شيئاً و إن لم يكن فرض لها فليمتّعها على نحو ما يمتّع مثلها من النساء »[3] .

ورواية أبي بصير « سألت أباعبدالله عليه السلام عن رجل طلّق امرأته قبل أن يدخل بها - إلى أن قال : - وإن لم يكن فرض لها شيئاً فليمتّعها على نحو ما يمتّع به مثلها من النساء »[4] .

ويمكن أن يقال : ظاهر الآية الشريفة وخبر الكنانيّ اعتبار حال الزّوج ليس غير في مقام الوجوب وظاهر الخبرين المذكورين اعتبار حال الزّوجة فمع التعارض الترجيح بموافقة الكتاب وماذكر من عدم المنافات لم يظهر وجهه ، ثم إنّ ظاهر الآية الشريفة وكثير

(١) رواه العياشي ج ١ ص ١٣٠ .

(٢) الفقيه باب طلاق التى لم يدخل بها تحت رقم ١ .

(٣) و (٤) تقدما ص ٣٩٧ .

من النصوص هو انقسام حال الزّوج إلى السعة والاقتار والمشهور زيادة قسم ثالث و هو التوسّط ، ويدلّ عليه ما في المحكي عن فقه الرّضا عليه السلام من قوله « وإن لم يكن سمّى لها صداقاً يمتّعها بشيء قلّ أو كثر على قدر يساره ، فالموسع يمتّع بخادم أو دابّة و الوسط بثوب و الفقير يمتّع بدرهم أوخاتم كما قال الله تعالى «ومتّعوهنّ ـ الخ » ومافي محكيّ الفقيه [1] من أنّه «روي أنّ الغني يمتّع بدار أو خادم و الوسط يمتّع بثوب والفقير يمتّع بدرهم أوخاتم» « و روى أنّ أدناه خمار وشبهه » .

ولا يبعد أن يكون المتوسّط داخلاً في الموسع المقابل للمقتر و إن كان الموسع بدون المقاولة مع المقتر يكون مقابلاً للمتوسّط أيضاً وعلى هذا ليس المتوسّط خارجاً عن الآية والأخبار .

ولوجعل الحكم في تعيين المهر لأحد الزّوجين صحّ بلاخلاف ظاهراً بين الأصحاب يدلّ عليه الأخبار منها ما رواه في الكافي و التهذيب في الحسن عن الحسن بن زرارة عن أبيه قال : «سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل تزوّج امرأة على حكمها ؟ قال : لاتجاوز بحكمها مهور نساء آل محمّد عليهم السلام اثنتي عشرة أوقيّة ونشّ وهو وزن خمسمائة درهم من الفضّة ، قلت : أرأيت إن تزوّجها على حكمه و رضيت بذلك ؟ فقال : ماحكم به من شيء فهو جائز عليها قليلاً كان أوكثيراً ، قال : فقلت له : كيف لم تجز حكمها عليه وأجزت حكمه عليها ؟ قال : فقال لأنّه حكّمها فلم يكن لها أن تجوز ماسنّ رسول الله صلى الله عليه وآله وتزوّج عليه نساءه فرددتها إلى السنّة و لأنّها هي حكّمته وجعلت الأمر إليه في المهر ورضيت بحكمه في ذلك فعليها أن تقبل حكمه قليلاً أو كثيراً » [2] .

ومنها مارواه المشايخ الثلاثة عن محمّد بن مسلم في الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام «في رجل تزوّج امرأة على حكمها أو حكمه فمات أومانت قبل أن يدخل بها ؟ قال : لها المتعة و الميراث ولا مهر لها ، قلت : فإن طلّقها وقدتزوّجها على حكمها ؟ قال : إذا طلّقها وقد تزوّجها على حكمها لم يتجاوز على حكمها عليه أكثر من وزن خمسمائة

(١) المصدر باب طلاق التى لم يدخل بها تحت رقم ٣ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٧٩ .

درهم فضّة مهور نساء رسول الله صلى الله عليه وآله (۱) ».

ومنها صحيحة أبي جعفر (يعني الأحول) «قلت لأبي عبدالله عليه السلام : رجل تزوّج امرأة بحكمها ، ثمّ مات قبل أن تحكم ؟ قال : ليس لها صداق وهي ترث (۲) ».

و منها خبر أبي بصير « سألت أباعبدالله عليه السلام عن الرّجل يفوّض إليه صداق امرأته فينقص عن صداق نسائها ؟ قال : يلحق بمهر نسائها (۳) ».

وقد يقال : تفويض المهر يتصوّر على قسمين أحدهما أن يذكر المهر في العقد على نحو الإجمال وفوّض تعيينه إلى أحد الزّوجين أو إلى أجنبيّ . ثانيهما أن لا يذكر المهر في العقد أصلاً إلّا أنّه فوّض فيه أصل فرض المهر وتقديره إلى أحد الزوجين أو الأجنبيّ ولا فرق بينهما في أنّ كليهما من المهر المجهول ، أمّا الأوّل فواضح وأمّا الثاني فلأنّ مرجع تفويض أصل تقدير المهر إلى أحد الزوجين إلى جعل مهر يفرضه أحدهما و نظير هذين القسمين من حيث الجهالة في العوض في المعاوضات كالبيع مثلاً هو أن يبيع المتاع تارة بقميته السوقيّة مع جهلهما بها حال العقد و اُخرى بأن يبيعه بما يعيّنه أحدهما أو كلاهما فيما بعد ، فاذا كان كلا القسمين من المهر المجهول فلا فرق بينهما في أنّه لو دلّ دليل على صحّتهما أو صحّة أحدهما كان على خلاف القاعدة الاوليّة المقتضية للزوم تعيين المهر بما يرفع الجهالة ، ويستظهر من الاخبار المذكورة صحّة القسم الثاني لا الأوّل .

ويمكن أن يقال : لم يظهر فرق بين القسمين المذكورين لأنّ المفروض أنّ العقد ليس بلامهر غاية الأمر تارة يكون ذكر المهر بنحو الإجمال في العقد ويفوّض تعيينه إلى أحد الزّوجين أو كليهما أو الأجنبيّ واخرى لم يذكر المهر في العقد لكن ذكر في العقد فرض المهر وتقديره إلى من ذكر ، وقد جعل هذا في الكلام المذكور بعد ماذكر من العقد على المهر المجهول وكذا الكلام فيما ذكر فى البيع ، وكيف كان لم يظهر دليل

---

(۱) الكافى ج ۵ ص ۳۷۹ و التهذيب ج۲ ص۲۱۷ . الفقيه باب ماأحل الله من النكاح تحت رقم ۳۴ .

(۲) الفقيه باب ما أحل الله من النكاح تحت رقم ۳۵ .

(۳) التهذيب ج ۲ ۲۱۷ و ۲۴۷ والاستبصار ج ۳ ص ۲۳۰ .

على عدم الصحّة وأنّها خلاف القاعدة فيقتصر على ما يستفاد من الأخبار المذكورة لأنّه قد سبق ذكر الأخبار في باب المهر وفيها مادلّ على جواز التزويج على ما يحسن الرّجل من القرآن بأن يعلّم المرأة مع عدم معلوميّة المقدار .

فلو طلّقها قبل الدّخول وقبل الحكم فالمعروف بين الأصحاب أنّ الحاكم يجبر الحاكم في باب المهر على الحكم مقدّمة لإيصال الحقّ إلى ذي الحقّ وكان لها النصف ممّا حكم به .

و استدلّوا عليه مضافاً إلى استصحاب حكومته الثابتة قبل الطلاق بعموم «المؤمنون عند شروطهم » الدالّ على لزوم الوفاء بما شرطه في العقد من فرض المهر مطلقاً سواء طلّقها قبل فرضه أولا ، وبقوله عليه السلام في صحيحة ابن مسلم المتقدّمة «إذا طلّقها وقد تزوّجها على حكمها لم يتجاوز بحكمها عليه أكثر من وزن خمسمائة درهم الخبر » فإنّه بضميمة عدم القول بالفصل بين ما لوكانت هي الحاكمة أو الزّوج يدلّ على أنّ عليه الحكومة إلى ما بعد الطلاق و استشكل بأنّه إن كان هناك إجماع على ما ذكره الأصحاب فهو و إلّا فالاستدلال عليه بماذكروه من الوجوه في غاية الاشكال ضرورة أنّه لامجال للاستصحاب و عموم « المؤمنون» مع الآية الشريفة و هي قوله تعالى « لا جناح عليكم إن طلّقتم النساء مالم تمسّوهنّ أو تفرضوا لهنّ فريضة »حيث تكون حاكمة على الاستصحاب ومخصّصة لعموم الوفاء بالشرط هذا مع إمكان المنع عن عمومه لما بعد الطلاق لأنّ عمومه لمتفرّع على كون اشتراط تقدير المهر مطلقاً بالنسبة إلى حالتي وقوع الطلاق قبل التقدير وعدم وقوعه و اشتراطه كذلك مخالف لعموم الآية الشريفة فلا يشمله عموم « المؤمنون » لأنّه مقيّد بعدم كونه مخالفاً للكتاب .

و أمّا الاستدلال بالصحيحة بضميمة عدم القول بالفصل ففيه أنّ الحجّة المعتبرة هي القول بعدم الفصل لا عدم القول به . ويمكن أن يقال : لانسلّم شمول الآية الشريفة للمقام لأنّ المفروض وقوع العقد على المهر المجهول ولذا كان نظير البيع بالقيمة التي يعيّنه المشتري أو البايع أو كلاهما فإنّه مع عدم الثمن لا معنى لقصد البيع فمع عدم شمول الآية يقع الإشكال في شمول « المؤمنون عند شروطهم » من جهة أنّه إذا كان الشرط ما

كان في ضمن العقد على ما حكي من القاموس أو لا يجب الوفاء به إلّا إذا كان في ضمن عقد على المشهور فمع وقوع الطلاق كيف يعتبر بقاء عقد النكاح حتّى يجب الوفاء بالشرط الواقع في ضمنه فلعلّه من قبيل انفساخ العقد .

وأمّا ماذكر من منع عموم « المؤمنون عند شروطهم » لمابعد الطلاق لكونه مخالفاً للكتاب فيشكل من جهة أنّه على هذا يكون شمول الشرط في الصحيح المذكور لمابعد الطلاق مخالفاً للكتاب مع أنّ المخالفة للكتاب ليست قابلة للتخصيص وأمّا الاستصحاب فيشكل التمسّك به لكون الشبهة حكميّة ولا نسلّم جريانه في الشبهات الحكميّة .

و أمّا لو كان التزوّج على حكم المرأة فمقتضى صحيحة ابن مسلم المذكورة أنّ لها أن تحكم بعد الطلاق بما لا يزيد على مهر السنّة فإذا حكمت به فلها نصفه لمادلّ على التنصيف بالطلاق قبل الدّخول كما أنّ مقتضى إطلاقها هو بقاء حكومتها إلى مابعد الطلاق و لو كان بعد الدّخول فيقع التعارض بينها و بين ما دلّ على أنّ لها مهر المثل بعد الدّخول بناء على عدم كون المراد من مهر المثل هو مهر السنّة .

و قد يقال : يمكن ترجيح ذلك الدّليل عليها لكونه أظهر في الإطلاق منها لاحتفاف الاطلاق فيها بما يصلح قرينة على التقييد بما قبل الدّخول وهو قوله في صدرها « فمات أومات قبل أن يدخل بها » فإنّه يصلح للقرينيّة على كون المراد من قوله بعد هذا « فإن طلّقها » هو الطلاق قبل الدّخول ، و يمكن أن يقال : الظاهر أنّ القرينة الصارفة لابدّ أن تكون بحيث يعتمد عليها و يرتفع بملاحظتها الشكّ والترديد ، وأمّا مع بقاء الشكّ فلا يصلح الاعتماد عليها .

ثمّ نقول على فرض التسليم كان الأنسب أن يقال: لاظهور للموثّقة لما بعد الدّخول ولولم يكن لها معارض لا أن يتمسّك بالترجيح والأظهريّة بل يمكن أن يقال : باختصاص مادلّ على استحقاق مهر المثل بصورة عدم تعيين المهر ومع إطلاق دليل التعيين لا يشمله.

ولومات الحاكم قبل الحكم و بعد الدّخول فلا إشكال ولا خلاف في أنّ لها مهر المثل وإنّما وقع الإشكال والخلاف فيما لومات قبل الحكم وقبل الدّخول ، والمحكي عن ابن إدريس وابن جنيد والشيخ في الخلاف عدم وجوب شيء لها لا المتعة ولا غيرها لأنّ المتعة إنّما تجب

بالطلاق وإلحاق الموت به قياس والمهر إنّما يجب بالفرض في العقد أو بعده أو بالدّخول والمفروض انتفاء جميع ماذكر والمشهور سقوط المهر و استحقاقها للمتعة واستدلّ لهم بقوله عليه السلام على المحكيّ في صحيحة ابن مسلم المتقدّمة « لها المتعة و الميراث ولا مهر لها » .

و نوقش في دلالتها على المطلوب بأنّ قول السائل فيها « رجلٌ تزوّج امرأة على حكمها أوعلى حكمه فمات أوماتت » يحتمل أن يكون على نحو اللّف والنشر المرتّب كي يكون المعنى رجلٌ تزوّج امرأة على حكمها فمات أو على حكمه فماتت فيدلّ حينئذ على كون الميّت هو المحكوم عليه لا الحاكم و مع قيام هذا الاحتمال يبطل الاستدلال .

و اُجيب عن هذه المناقشة بأنّ مجرّد احتمال ذلك لا يضرّ بالاستدلال بعدكون الظاهر المتفاهم منه عرفاً هو كون الميّت هو الحاكم لأنّه الأقرب والمحدث عنه هذا مضافاً إلى أنّه عليه السلام ذكر في آخر الحديث إنّ الحكم لايسقط بالطلاق مع بقاء الحاكم و إذا لم يسقط الحكم بالطلاق الّذي هو قاطع لعلاقة الزّوجيّة لم يسقط بالموت الّذي لا ينقطع به علاقة الزّوجيّة بطريق أولى فلابدّ من حمل الصدر الدالّ على سقوطه بالموت على موت الحاكم جمعاً بين طرفي الحديث .

و قد يقال : ماتعرّض من الأخبار الواردة في المقام لحكم الموت روايتان إحداهما صحيحة أبي جعفر عليهما السلام المتقدّمة الصريحة في كون الميّت هو المحكوم عليه حيث سئل فيها عن رجل تزوّج امرأة بحكمها ثمّ مات الرّجل قبل أن يحكم المرأة . ثانيتهما هذه الصحيحة الّتي استدلّ بها للمشهور . و الاحتمالات فيها ثلاثة أحدها ما مرّ من كون ما ذكر فيها على نحو اللّف والنشر المرتّب والثاني كونه على نحو اللّفّ والنشر المشوّش ، ثالثها احتمال رجوع كلّ من قوله فمات أو ماتت إلى كلّ من قوله على حكمها و قوله على حكمه كي يكون المعنى رجل تزوّج امرأة على حكمها فمات أوماتت أوعلى حكمه فمات أوماتت فيدلّ على سقوط الحكم بالموت مطلقاً كان الميّت هو الحاكم أو المحكوم عليه و عليه تكون هذه الصحيحة أعمّ من تلك

الصحيحة لاختصاص تلك بما إذا كان الميّت هو المحكوم عليه و شمول هذه لمّا إذا كان الميّت هو الحاكم أيضاً و أظهر الاحتمالات هو هذا الاحتمال الثالث ، ويمكن أن يقال يشكل هذا لأنّ قوله عليه السلام على المحكي «لها المتعة والميراث» لا يساعد مع موتها فإنّها إن ماتت يكون المناسب وراثة الرّجل إيّاها و على هذا فلا تشمل صورة كون المرأة حاكمة و موتها .

﴿الطرف الثالث في الأحكام وهي عشرة: الأوّل تملك المرأة المهر بالعقد وينتصف بالطلاق ، ويستقرّ بالدّخول وهو الوطي قبلاً أو دبراً ولا يسقط معه ولو لم يقبض ولا يستقرّ بمجرّد الخلوة على الأشهر . الثاني قيل إذا لم يسمّ لها مهراً أو قدّم لها شيئاً قبل الدّخول كان ذلك مهراً ما لم يشترط غيره﴾ .

المشهور بين الفقهاء - قدّس الله تعالى أسرارهم - إنّ المرأة تملك الصداق بمجرّد العقد و استدلّ عليه مضافاً إلى كونه مقتضى لزوم الوفاء بالعقد حيث إنّه جعل في العقد عوضاً عن البضع فكما أنّ العقد يقتضي تملك الزّوج للبضع كذلك يقتضي تملّكها للمهر وإلى ظهور قوله تعالى «وآتوا النساء صدقاتهنّ» حيث إنّ ظاهر الإضافة الاختصاص وبالنصوص الدّالّة على اختصاص النماءات المتخلّلة بين العقد والطلاق بها المستلزم تملّكها لها . فمنها موثّقة عبيد بن زرارة « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : رجل تزوّج امرأة على مائة شاة ، ثمّ ساق إليها الغنم ، ثمّ طلّقها قبل أن يدخل بها وقد ولدت الغنم ؟ قال عليه السلام : إن كانت الغنم حملت عنده رجع بنصفها و نصف أولادها ، وإن لم يكن الحمل عنده رجع بنصفها ولم يرجع من الأولاد بشيء »[1] .

وموثّقته الاُخرى أيضاً قال: «قلت لأبي عبدالله عليه السلام :رجل تزوّج امرأة ومهّرها مهراً فساق إليها غنماً و رقيقاً فولدت عندها فطلّقها قبل أن يدخل بها ؟ قال عليه السلام : إن كان ساق إليها ما ساق و قد حملت عنده فلها نصفها و نصف ولدها وإن كنّ حملن عندها فلا شيء له من الأولاد »[2] .

---

(١) الكافي ج ٦ ص ١٠٦ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢١٨ .

وغير ما ذكر من الأخبار الدالة على أن النماءات الحاصلة بين العقد والطلاق لها.

و في قبال ما ذكر ما رواه أبو بصير عن أبي عبدالله عليه السلام قال: « سألته عن رجل تزوج امرأة على بستان له معروف وله غلة كثيرة، ثم مكثت سنين لم يدخل بها ثم طلقها؟ قال عليه السلام: ينظر إلى ماصار إليه من غلة البستان من يوم تزوجها فيعطيها نصفه و يعطيها نصف البستان إلا أن تعفو فتقبل منه و يصطلحان على شيء ترضى به منه فإنه أقرب للتقوى »(١).

والإنصاف إنه لا مجال للجمع ولا يقاوم هذا أعني خبر أبي بصير مع ما ذكر مضافاً إلى مادل من النصوص على وجوب المهر بالموت الشاملة بإطلاقها لما إذا لم يدخل بها و إلى ما دل على وجوب النصف عليها فيما لو أبرأته من الصداق ثم طلقها قبل الدخول معللا بأنها إذا جعلته في حل منه و قد قبضته فإنها لو لم تكن مالكة لتمام المهر بالعقد بل كانت مالكة للنصف لم يكن إبرائها للزوج من الصداق مؤثراً إلا في إسقاط ما ملكته، ولا يقاوم ما ذكر ما دل من النصوص على أن المهر لا يجب إلا بالدخول لإمكان حمل الوجوب على الثبوت والاستقرار نظير ما ورد « البيعان بالخيار ما لم يفترقا و إذا افترقا وجب البيع ».

وأما انتصاف المهر بالطلاق قبل الدخول فيدل عليه قوله تعالى « وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف مافرضتم - الخ» ويدل عليه من الأخبار ماروا في الفقيه عن محمد بن الفضيل، عن أبي الصباح الكناني، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: « إذا طلق الرجل امرأته قبل أن يدخل بها فلها نصف مهرها، و إن لم يكن سمى لها مهراً فمتاع بالمعروف - الحديث(٢) ».

ومارواه في الكافي عن أبي بصير قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل طلق امرأته قبل أن يدخل بها؟ قال: عليه نصف المهر إن كان فرض لها شيئاً - الحديث(٣)».

---

(١) الفقيه باب ما احل الله من النكاح و ما حرم تحت رقم ٧٧.

(٢) المصدر باب طلاق التى لم يدخل بها تحت رقم ١.

(٣) الكافى ج ٦ ص ١٠٨.

وعن الحلبيّ في الصحيح أو الحسن عن أبي عبدالله عليه السلام «في رجل طلّق امرأته قبل أن يدخل بها؟ قال: عليه نصف المهر إن كان فرض لها شيئاً - الحديث [1]».

وأمّا استقرار المهر بالدُّخول أي الوطي فلا خلاف فيه ويدلّ عليه الأخبار منها ما رواه في الكافي في الصحيح أو الحسن عن الحلبيّ عن أبي عبدالله عليه السلام «في رجل دخل بامرأته؟ قال: إذا التقى الختانان وجب المهر والعدَّة [2]».

وعن حفص بن البختريّ في الصحيح أو الحسن عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: إذا التقى الختانان وجب المهر والعدَّة والغسل [3]».

وعن داود بن سرحان في الصحيح أو الحسن عنه عليه السلام «قال: إذا أولج فقد وجب الغسل والجلد والرَّجم و وجب المهر [4]».

و عن يونس بن يعقوب في الموثّق قال: «سألت أباعبدالله عليه السلام عن رجل تزوَّج امرأة فأغلق باباً وأرخى ستراً ولمس وقبّل، ثمَّ طلّقها أيوجب عليه الصداق؟ قال: لا يوجب الصداق إلّا الوقاع [5]».

وعن عبدالله بن سنان في الصحيح عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «سأله أبي وأنا حاضرٌ عن رجل تزوج امرأة فاُدخلت عليه فلم يمسّها ولم يصل إليها حتّى طلّقها هل عليها عدَّة منه؟ قال: إنّما العدَّة من الماء، قيل له: وإن كان واقعها في الفرج ولم ينزل؟ قال: إذا أدخله وجب الغسل والمهر والعدَّة [6]».

وهذه الأخبار وغيرها لاذكر فيها للوطي في الدُّبر ففي بعضها علّق على التقاء الختانين وفي بعضها على الوقاع، وفي بعضها على الإيلاج فإن كان ذكر التقاء الختانين من باب ذكر الفرد الغالب أمكن حمل الوقاع و الإيلاج أيضاً على الغالب، ولم أر من استشكل و أمّا عدم سقوط المهر لو لم تقبض فللعمومات من قوله «وآتوا النساء صدقاتهنَّ نحلةً» وغيره، وخصوص الأخبار المعتبرة المستفيضة المعتضدة باُصول المذهب. وفي قبالها أخبار

---

(۱) الكافي ج ۶ ص ۱۰۵.

(۲) و (۳) و (۴) المصدر ج ۶ ۱۰۹.

(۵) و (۶) الكافي ج ۶ ص ص ۱۰۹.

يستفادمنه السقوط .

منها مارواه في الكافي والتهذيب في الصحيح عن الفضيل عن أبي جعفر عليه السلام « في رجل تزوّج امرأة ودخل بها ثمّ أولدها ثمّ مات عنها فادّعت شيئاً من صداقها على ورثة زوجها فجاءت تطلبه منهم وتطلب الميراث ؟ فقال : أمّا الميراث فلهاأن تطلبه ، وأمّا الصداق فالّذي أخذت من الزّوج قبل أن يدخل بها فهو الّذي حلّ للزّوج به فرجها قليلاً كان أوكثيراً إذا هي قبضته منه وقبلت ودخلت عليه بهولاشيء لها بعد ذلك [1] » .

ومارواه في الكافي عن عبد الرّحمن بن الحجّاج في الصحيح قال :« سألت أباعبدالله عليه السلام عن الزّوج والمرأة يهلكان جميعاً فيأتي ورثة المرأة فيدّعون على ورثة الرّجل الصداق فقال : وقد هلكا وقسّم الميراث ؟ فقلت : نعم ، فقال : ليس لهم شيء ، فقلت : إن كانت المرأة حيّة فجاءت بعدموت زوجها تدّعي صداقها؟فقال : لاشيء لها وقد أقامت معه مقرّة حتّى هلك زوجها ، فقلت :وإن ماتت وهوحيّ فجاءت ورثتها يطالبونه بصداقها ؟ فقال: وقد أقامت حتّى ماتت لاتطلبه ، فقلت : نعم ؟ قال : لا شيء لهم ، قلت : فإن طلّقها ، فجاءت تطلب صداقها ، فقال : وقد أقامت لاتطالبه حتّى طلّقها لاشيء لها ، فقلت : فمتى حدّ ذلك الّذي إذا طلبته كان لها [2] قال : إذا اُهديت إليه ودخلت بيته ، ثمّ طلبت بعد ذلك فلاشيء لها إنّه كثير لها أن تستحلف بالله مالها قبله من صداقها قليل ولا كثير » .

و عن محمّد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام « في الرّجل يتزوّج المرأة ويدخل بها ثمّ تدّعي عليه مهرها ؟ قال : إذا دخل بها فقد هدم العاجل [3] » .

وهذه الأخبار كماترى على خلاف القاعدة حيث إنّ الزوّج اشتغل ذمّته بالمهر للزّوجة ولابدّ من الفراغ وقيام البيّنة على أداء المهر .

---

(١) الكافى ج ٥ ص ٣٨٥ والتهذيب ج٢ ص ٢١٦ .

(٢) كذا فى الكافى ج ٥ ص ٣٨٦ و فى التهذيب ج ٢ ص٢١٦ و نقلا عن المصنف ـ رحمه‌الله ـ « اذا طلبته لم يكن لها » .

(٣) الكافى ج ٥ ص ٣٨٣ .

و يمكن أن يكون إقامة المرأة مع الزّوج بمنزلة إقرارها على أخذ المهر لكنّ المشهور لم يعملوا بها فلابدّ من ردّ علمها إلى أهلها ، وإن كان المراد من بعضها أنّه إذا أخذ مقداراً من المهر يكون العاجل هادماً للباقي فهو أيضاً خلاف القاعدة لابدّ من ردّ علمه إلى أهله .

وأمّا عدم استقرار المهر بمجرّد الخلوة فلما سبق كخبر يونس بن يعقوب المذكور وفيه «لايوجب الصداق إلّا الوقاع» وفي قباله أخبار اُخر منها مارواه في الكافي عن الحلبيّ في الصحيح أو الحسن عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «سألته عن الرّجل يطلّق المرأة وقد مسّ كلّ شيء منها إلّا أنّه لم يجامعها ألها عدّة ؟ فقال : ابتلى أبو جعفر عليه السلام بذلك فقال له أبو عليّ بن الحسين عليهما السلام : إذا أغلق باباً وأرخى ستراً وجب المهر والعدّة [(١)] » .

قال في الكافي [(٢)] قال ابن أبي عمير : « اختلف الحديث في أنّ لها المهر كملاً وبعضهم قال : نصف المهر وإنّما معنى ذلك أنّ الوالي إنّما يحكم بالحكم الظاهر إذا أغلق الباب و أرخى الستر وجب المهر ، و إنّما هذا عليها إذا علمت أنّه لم يمسّها فليس لها فيما بينها وبين الله إلّا نصف المهر » .

ومارواه في التهذيب عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال : « إذا تزوّج الرّجل المرأة ثمّ خلا بها وأغلق عليها باباً و أرخى ستراً ثمّ طلّقها فقد وجب الصداق و خلاؤه بها دخول [(٣)] » .

ومنها مارواه في التهذيب عن محمّد بن مسلم في الموثّق عن أبي جعفر عليه السلام قال : «سألته عن المهر متى يجب؟ قال : إذا أرخى الستور واُجيف الباب . وقال: إنّي تزوّجت بامرأة في حياة أبي عليّ بن الحسين عليهما السلام و إنّ نفسي تاقت إليها فذهبت إليها فنهاني أبي فقال : لاتفعل يابنيّ لاتأتها في هذه الساعة وأنّي أبيت إلّا أن أفعل فلمّا دخلت عليها قذفت إليها بكساء كان عليّ فكرهتها ، وذهبت لاُخرج فقامت مولاة لها فأرخت الستر و أجافت الباب فقلت : قد وجب الّذي تريدين [(٤)] » .

---

(١) المصدر ج ٦ ص ١٠٩ . (٢) المصدر ج ٦ ص ١١٠ .

(٣) و (٤) التهذيب ج ٢ ص ٢٤٣ والاستبصار ج ٣ ص ٢٢٧ .

وهذه الأخبار قدتحمل على طريقيّة الخلوة و إرخاء الستر و إجافة الباب على تحقّق الوقاع فمع القطع بعدم تحقّقه لايستقرّ تمام المهر ، وقدتحمل على التقيّة ولا يخفى إباء بعضها عن الطريقيّة فيردّ علمها على أهلها ومع ذلك فمقتضى الاحتياط ماحكي عن ابن أبي عمير - قدّس سره - لأنّه أعرف بمعاني الأخبار

و أمّا ماقيل من أنّه إذا لم يسمّ مهراً وقدّم شيئا إلى آخر ما في المتن فاستدلّ عليه بصحيح الفضيل المذكور في قبال الأخبار الدالّة على عدم سقوط المهر لولم تقبض المرأة ولا يخفى أنّه لم يذكر في السؤال عدم تسمية المهر بل السؤال شامل لصورتي التسمية وعدم التسمية ، وفي صورة التسمية لايلتزم بمضمونه فكيف يؤخذ بمضمونه في صورة عدم التسمية مع أنّه مع عدم التسمية والدخول يكون اللازم مهر المثل .

﴿ الثالث إذا طلّق قبل الدّخول رجع بالنصف إن كان أقبضها أو طالبت بالنصف إذا لم يكن أقبضها ، ولايستعيد الزّوج ماتجدّد من النماء بين العقد والطلاق متّصلاً كان كاللّبن ، أو منفصلاً كالولد ، ولوكان النماء موجوداً وقت العقد رجع بنصفه كالحمل ولوكان تعليم صنعة أوعلم فعلّمها رجع بنصف اُجرته ولوأبرأته من الصداق رجع بنصفه ﴾

لاخلاف بين الأصحاب في أنّه إذا طلّق الزّوجة قبل الدّخول وقد فرض لهامهراً يرجع الزّوج بنصف المهر و مع الدّفع إلى الزّوجة استعاد نصفه ويدلّ عليه روايات محمّد بن الفضيل وأبي بصير والحلبيّ المتقدّمة .

ثمّ إنّ في المقام صوراً عديدة .

الأولى أن يكون المهر ديناً في ذمّة الزوج فإذا طلّق برءت ذمّته من نصفه ووجب دفع النصف الآخر إلى الزّوجة .

الثانية أن يكون عيناً باقية في يد الزّوج من غير زيادة و نقيصة فلاإشكال في أنّه يستحقّ نصفها ويكونان شريكين فيها وإن زادت العين بزيادة من الله سبحانه فالأشهر أنّ الزيادة لها من جهة أنّ المهر كملاً انتقل إلى الزّوجة بالعقد وإن كان ملك أحد النصفين متزلزلاً وإن كانت بفعل الزّوج فقيل: إن الزّيادة للمرأة والزّوج بمنزلة الغاصب لايستحقّ شيئاً من الزيادة وإن نقصت كان النقص مضموناً عليه وإن تلفت العين رجعت

إليه بالمثل أو القيمة .

الثالثة أن يكون المهر عيناً إلّا أنّه سلّمها إلى الزّوجة فإن كانت باقية استعاد نصفها وإن وجدها تالفة استعاد نصف مثلها أونصف القيمة ، ثمّ إنّه إن اتّفقت قيمته من حين العقد إلى حين القبض فلاإشكال ،وإن اختلفت قيل : يرجع بأقلّ القيم لأنّ قيمة يوم العقدإن كانت هي الأكثرمنها حين قبضها فما نقص قبل القبض كان مضموناً عليه فلا يضمن ماهوفي ضمانه وإن كانت القيمة يوم القبض أكثر ممّا زاد بعد العقد لها فلا يضمن ماهو ملكها .

الرّابعة كسابقتها إلّا أنّه وجد العين ناقصة وكان النقص نقصان عين كعور الدابّة أوصفة كنسيان الصنعة قيل : إنّ الزّوج يتخيّر بين الرّجوع بنصف القيمة سليماً وبين أخذ نصف العين من غير أرش ، وقيل : يرجع بنصف العين ونصف الأرش لأنّ العين لاتخرج عن حقيقتها بالتعيّب وقيل بالتفصيل بين النقص الحاصل بفعلها أو بفعل الله تعالى فيتخيّر بين أخذ نصفها ناقصاً و بين تضمينها نصف قيمته وبين ماكان بفعل أجنبيّ فلم يكن له سبيل على المهر و ضمن نصف القيمة يوم قبضه .

الخامسة الصورة بحالها إلّاأنّه وجدالعين زائدة فتارة تكون الزّيادة باعتبار قيمة السوقيّة ولا إشكال في أنّه يأخذ نصف العين وإن كانت الزّيادة منفصلة كالولدواللّبن فهي للمرأة لأنّها تابعة للعين فعلى المشهور من تملّك المرأة المهر كملاً تكون الزّيادة لها وإن كانت متّصلة كالسمن وكبر الحيوان فالمحكيّ عن جماعة أنّ للزّوج نصف قيمة العين من دون الزّيادة وإنّ المرأة لاتجبر على دفع نصف العين المشتمل على الزّيادة لعدم انفصال الزّيادة و عدم كون الزّيادة ممّا فرض في العقد وتتخيّر المرأة بين دفع نصف العين وبين نصف القيمة مجرّداً عن الزّيادة .

وروى الشيخ في التهذيب عن عليّ بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليهما السلام عن أبيه « أنّ عليّاً عليه السلام قال : في الرّجل يتزوّج المرأة على و صيف فيكبر عندها و يريد أن يطلقها قبل أن يدخل إليها قال : عليها نصف قيمته يوم دفعه إليها لاينظر في زيادة ولانقصان [1] » .

---

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢١٨ .

ورواه الكليني عن السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « إن أمير المؤمنين عليه السلام قال : في المرأة تتزوج على الوصيف فكبر عندها فيزيد أو ينقص ثم يطلقها قبل أن يدخل بها - الحديث كما تقدم (١) » .

ويمكن أن يقال : ماقيل في صورة الثانية من أن النقص مضمون على الزوج لابد من تخصيصها بما لولم تكن العين عند الزوج بنحو الوديعة كما لو أراد الزوج رد العين إلى الزوجة ورضيت بكونها عنده لعدم الضمان مع كون اليد أمانية ، وماذكر في الصورة الثالثة في وجه الرجوع بأقل القيم من أن مانقص قبل القبض كان مضموناً عليه فلايضمن ماهو في ضمانه مناف مع ماهو لعله المسلم بينهم من أنه مع رد العين المضمونة باليد لايضمن القيمة إلا في صورة خروج العين عن المالية كما لو غصب ماء له قيمة في البر ورده عند الشط ، وماذكر في الصورة الرابعة من الأقوال يشكل من جهة أنها مبنية على ضمان المرأة نقصان العين كضمانها في صورة تلف العين أو كونها بحكم التلف .

ولقائل أن يقول : الضمان في صورة التلف أو النقصان ليس ضمان اليد ولاضمان المعاوضة فمادام العين باقية يرجع الزوج بحكم الشارع إلى نصف العين و مع التلف أو النقصان لاموضوع حتى يرجع الزوج بنصفه ، نعم في صورة تلف العين دل الدليل على الرجوع إلى البدل كخبر شهاب بن عبدربه في الصحيح قال : « سألت أباعبدالله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة على ألف درهم فبعث بها إليها فردتها إليه فوهبتها له وقالت : أنافيك أرغب مني في هذه الألف هي لك فتقبلها منها ، ثم يطلقها قبل أن يدخل بها ؟ قال : لاشيء لها وترد عليه خمسمائة درهم (٢) » .

ومارواه الشيخ في الموثق عن سماعة قال : « سألته عن رجل تزوج جارية أو تمتع بها ثم جعلته من صداقها في حل أيجوز أن يدخل بها قبل أن يعطيها شيئاً ؟ قال : نعم إذا جعلته في حل فقد قبضته منه وإن خلاها قبل أن يدخل بها ردت المرأة على الزوج نصف الصداق (٣) » والروايتان كغيرهما لا تشملان غير صورة تصرف المرأة ولا تعرض

---

(١) المصدر ج ٦ ص ١٠٨ .

(٢) و (٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٢٠ . والكافي ج ٦ ص ١٠٧ .

لصورة التلف السماوي فلادليل على الضمان في صورة تلف العين بالتلف السماوي، نعم ماذكر خلاف المشهور بين الأصحاب .

و أمّاصورة حصول الزيادة المتصلة في العين فمقتضى الروايتين المذكورتين أعني رواية علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام ورواية السكوني تعيّن القيمة فيها لكنّه بعدصدق بقاء العين بنظرالعرف مقتضى قوله تعالى « فنصف مافرضتم » شركة الزّوج في نصف العين غاية الأمراختصاص الزيادة بالزّوجة فيرفع اليد عن ظهور الخبرين في تعيّن القيمة فلايبعد التخيير بين أخذ القيمة وبين أخذ نصف العين والتصالح بملاحظة اختصاص الزيادة بالمرأة وبالدقّة لافرق بين حصول الزيادة المتصلة وبين عدمه حيث إنّه مع عدم حصول الزيادة وطول المدّة بين زمان وقوع العقدوضمان الطلاق لم يبق العين بحالها بل تحلّلت و تبدّلت و بدل ماتحلّل ملك الزّوجة ، ولا أظنّ أن يلتزم بتعيّن القيمة بل مقتضى قوله تعالى « فنصف مافرضتم » تعيّن الرّجوع إلى العين وحصول الشركة ،والشاهد رجوع الزّوج بنصف الحمل الموجود في زمان العقد مع أنّ نماءه و كبره تحقّق في ملك الزّوجة .

و أمّا لوكان المهر تعليم صنعة أوعلم وعلّمها فيرجع الزّوج إلى نصف الاُجرة فالمقام كما لو علّم صنعةً أوعلّم علماً غير الزّوجة حيث يستحقّ اُجرة المثل لكون العمل محترماً فلاحاجة إلى بعض التوجيهات .

و أمّا الرّجوع إلى النصف مع الإبراء فلأنّ الإبراء بمنزلة القبض ومقتضى الخبرين المذكورين صحيح شهاب وموثّق سماعة وغيرهما رجوع الزّوجة إلى النصف .

﴿ الرّابع لوأمهرها مدبّرةً ، ثمّ طلّق صارت بينهما نصفين ، وقيل : يبطل التدبير بجعلها مهراً ، وهوأشبه . الخامس لوأعطاها عوض المهر متاعاً أوعبداً آبقاًوشيئاً ثمّ طلّق رجع بنصف المسمّى دون العوض . السادس إذاشرط في العقد مايخالف المشروع فسدالشرط دون العقدوالمهر كمالوشرطت أن لايتزوّج أولايتسرّى وكذا لوشرطت تسليم المهر في أجل فإن تأخّر عنه فلاعقد أمّا لوشرطت أن لا يفتضّها صحّ ولو أذنت بعد جاز ، ومنهم من خصّ جواز الشرط بالمتعة ﴾ .

الظاهر أنّه لاخلاف في جواز إمهار المدبّرة لعدم خروجها عن ملك المدبّر ، ولا إشكال في أنّه إذا طلّق قبل الدُّخول يرجع نصفها إلى المدبّر ، و إنّما الإشكال في بطلان التدبير بالإمهار كما لو أوصى بشيء لأحد ، ثمّ وهبه لغيره أو يكون التدبير باقياً بحاله فإذا مات المدبّر تحرّرت ، وقديتمسّك لهذا بخبر المعلّى بن خنيس « سئل أبو عبدالله عليه السلام و أناحاضر عن رجل تزوّج امرأة على جارية له مدبّرة قدعرفتها المرأة وتقدّمت على ذلك وطلّقها قبل أن يدخل بها؟ قال : فقال : إنّ للمرأة نصف خدمة المدبّرة يكون للمرأة يوم في الخدمة ويكون لسيّدها الّذي دبّرها يوم في الخدمة ، قيل له : فإن ماتت قبل المرأة والسيّد لمن يكون الميراث ؟ قال : يكون نصف ماتركته للمرأة والنصف الآخر لسيّدها الّذي دبّرها [(١)] ».

ولا يخفى أنّ هذا الخبر مع قطع النظر عن ضعفه لاظهور فيه في بقاء التدبير ولا في بطلانه ، وحيث إنّه لاتضادّ بين التدبير والإمهار لايبعد بقاء التدبير ولو أعطاها عوض المهر متاعاً أو عبداً آبقاً وشيئاً ثمّ طلّقها قبل الدُّخول فالظاهر عدم الخلاف في أنّه يرجع بنصف المسمّى دون العوض ، ويدلُّ عليه صحيح الفضيل بن يسار «سألت أباعبدالله عليه السلام عن رجل تزوّج امرأة بألف درهم فأعطاها عبداً آبقاً وبرداً حبرة بالألف الّتي أصدقها فقال : إذا رضيت بالعبد و كانت قدعرفته فلابأس إذهي قبضت الثوب و رضيت بالعبد ، قلت : فإن طلّقها قبل أن يدخل بها ؟ قال : لا مهر لها و تردّ عليه خمسمائة درهم ويكون العبد لها [(٢)] » .

ويمكن أن يقال: مقتضى القاعدة أنّه إذا وقع المعاوضة بين المهر والمتاع قبل الطلاق لابطل من جهة الطلاق كما قالوا في البيع لو تصرّف المشتري في المبيع تصرّفاً ناقلاً عن ملكه ثمّ فسخ البايع لايبطل نقل المشتري من جهة فسخ البايع بل يرجع إلى المثل أو القيمة فإذا كان المهر المنتقل إلى الغير قيميّاً و طلّق الزّوج قبل الدُّخول ، فمقتضى القاعدة الرُّجوع إلى القيمة لاالمسمّى ، وليس الصحيح المذكور شاهداً على خلافه فإنّ الدّرهم مثليّ ظاهراً ، وعلى هذا فان كان المسمّى قيميّاً وعاوضت المرأة مع شيء آخر لايرجع

---

(١) و(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٨٠ .

الزّوج إلى المسمّى و الظاهر أنّ الاعطاء بعنوان الوفاء في حكم المعاوضة فيكون في حكم التلف فإن كان مثليّاً يأخذالمثل . وإن كان قيميّاً يأخذ القيمة ، ولعلّ هذاهو مراد المصنّف (ره) فالمراد من المسمّى بدله من المثل أو القيمة يرجع الزّوج به ولا يرجع إلى عوضه .

و أمّا لو شرط في العقد ما يخالف المشروع فالمشهور في كلام الأصحاب بطلان الشرط وصحّة العقد والمهر . والمراد بالشرط المخالف للمشروع هوالأعمّ من أن يشترط فعلاً محرّماً كشرب الخمر مثلاً أو يشترط فعلا مباحاً فعليّاً يكون أمره بيد الزّوج بأن يكون لدليل إباحته إطلاق بالنسبة إلى العناوين الطارية في مقابل المباح الاقتضائي الحيثي الّذي لا يكون لدليله إطلاق بهذا النحو وإن كان استظهار هذا من الأدلّة في غاية الاشكال و قد مرّ الكلام فيه في كتاب البيع .

و يقع الكلام في وجه صحّة العقد مع فساد الشرط مع أنّه لابدّ في كلّ عقد القصد و طيب النفس فإذا كان القصد و طيب النفس مقيّدين بالشرط فكيف يصحّ العقد مع عدم الشرط ، ولذا استشكل فيما لوباع و شرط شرطاً فاسداً في صحّته فيقال: ما قصد لم يقع و ما وقع لم يقصد ، و ما رضى به لم يقع و ما وقع به لم يرض به . وقد يجاب هناك بأنّ البيع مع الشرط بنحو تعدّد المطلوب فمع عدم إمضاء الشارع أحد المطلوبين لا مانع من صحّة المطلوب الآخر ، فمع تماميّة هذا الجواب أمكن أن يجاب في المقام أيضاً بهذا بأن يقال : القصد و الرّضا تعلّق بالنكاح و بالشرط بنحو تعدّد المطلوب فلا مانع من صحّة النكاح وفساد الشرط ، لكنّ الظاهر أنّ الغالب خلاف هذا في البيع مع الشرط والنكاح مع الشرط كما لا يخفى .

و يمكن أن يقال : الظاهر عدم اعتبار الرّضا وطيب النفس بنحو تعدّد المطلوب ألا ترى أنّ المشتري لا يرضى باشتراء العين المعيبة بحيث لو توجّه إلى العيب ينصرف عن الاشتراء ومع ذلك حكم الشارع بصحّة البيع كما أنّه لو شرب في نهار شهر رمضان مايعاً بزعم أنّه ماء بارد يرفع به عطشه فبان خلاف زعمه كان الشارع مفطراً عن عمد ظاهراً يجب عليه الكفّارة بل غالب المعاملات الّتي عليها يترتّب الضرر من هذا القبيل .

وما هو المعروف من أنّ تخلّف الدّاعي لا يضرّ بصحّة المعاملة لم يظهر وجهه مع الاشتراك في وجه الشبهة . واستدلّ لصحّة العقد مع فساد الشرط بالنصوص :

منها خبر محمّد بن قيس عن الباقر عليه السلام « في رجل تزوّج امرأة و شرط لها إن هو تزوّج عليها امرأة أو هجرها أو اتّخذ عليها سريّة فهي طالق فقضى عليه السلام في ذلك أنّ شرط الله قبل شرطكم فإن شاء وفى لها بما اشترط و إن شاء أمسكها و اتّخذ عليها سريّة و نكح عليها »[1].

و منها ما رواه العيّاشي في تفسيره عن ابن مسلم عن أبي جعفر عليهما السلام قال: «قضى أمير المؤمنين صلوات الله عليه في امرأة تزوّجها رجلٌ و شرط عليها و على أهلها إن تزوّج امرأة أو هجرها أو أتى عليها سريّة فإنّها طالق ، فقال عليه السلام : شرط الله قبل شرطكم إن شاء وفى بشرطه و إن شاء أمسك امرأته و نكح و تسرّى عليها و هجرها إن أتت بسبيل ذلك قال الله تعالى في كتابه « فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث و رباع » و قال : « أحلّ لكم ما ملكت أيمانكم »[2] و قال « اللاّتي تخافون نشوزهنّ ـ الآية » .

وقد يستشكل في دلالة خبر محمّد بن قيس على كون اشتراط عدم التزويج والتسرّي من الشرط المخالف للمشروع لاحتمال كون الشرط هو المجموع المركّب من الشرط والجزاء أو خصوص الجزاء وهو قوله «فهي طالق» وعلى أيّ تقدير يكون مخالفته للمشروع واضحة لأنّه على أيّ حال يرجع إلى شرط النتيجه ، ثمّ ذكر توهّم منافات ذلك لقوله عليه السلام على المحكي « إن شاء وفى » لأنّ الوفاء إنّما يصحّ نسبته إلى الأمر الاختياري ولا يكون الشرط المذكور كذلك على التقديرين أمّا على تقدير كونه نفس الجزاء فواضح و أمّا على تقدير كونه المجموع المركّب منه و من الشرط فلأنّ المركّب من الامر الاختياريّ ، وغير الاختياري لا يكون اختياريّاً . ودفع التوهّم بأنّ الوفاء بالشرط يتحقّق بمنع تحقّق موضوعه و محلّه ثمّ بعد كلام منع عن كون مثل هذا وفاءً فيتعيّن أن يكون المراد من الشرط في الخبر عدم التزويج والتسرّي .

---

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢١٩ .　　(٢) كذا .

و يمكن أن يقال : حمل الشرط في الخبر « وشرط لها إن هو تزوّج ـ الخ» على ترك خصوص الشروط المذكورة في الجملة الشرطيّة لعلّه خلاف الظاهر أو طرف الاحتمالين الآخرين المذكورين فلابدّ من حمل قوله عليه السلام على المحكي « فإن شاء وفى » على جميع التقادير أو على التقديرين المذكورين فلابدّ من حمل الخبر على التقيّة لقول العامّة بوقوع الطلاق بالشرط أو الحمل على قاعدة الالتزام و إلزام من التزم بصحّة الطلاق بنحو شرط النتيجة مع أنّ الحقّ أنّ الطلاق لايقع بالشرط بل له سبب خاصّ .

و في قبال الخبرين المذكورين خبر محمّد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام « في الرّجل يقول لعبده : أعتقك على أن اُزوّجك ابنتي فإن تزوّجت عليها أو تسرّيت فعليك مائة دينار ، فأعتقه على ذلك وتسرّى أو تزوّج ؟ قال عليه السلام : عليه شرطه » (۱) .

وخبر منصور بن بزرج « قلت لأبي الحسن عليه السلام وأنا قائم : جعلني الله فداك إنّ لي شريكاً لي كانت تحته امرأة فطلّقها فبانت منه فأراد مراجعتها فقالت المرأة : لا والله لا أتزوّجك أبداً حتّى تجعل لله عليك أن لاتطلّقني ولا تتزوّج عليّ ؟ قال عليه السلام : وقد فعل؟ قلت : نعم قد فعل جعلني الله فداك ، قال عليه السلام : بئس ما صنع و ما كان يدريه ما يقع في جوفه في جوف اللّيل أو النهار ، ثمّ قال : أمّا الآن فقل له فليتمّ للمرأة شرطها فإنّ رسول الله صلّى الله عليه وآله قال : « المسلمون عند شروطهم » (۲) .

ونحوه خبره الآخر عن العبد الصالح عليه السلام (۳) ممّا دلّ على مشروعيّة هذا الشرط و لزوم الوفاء به وغير ما ذكر .

فلا بدّ من الترجيح أو التخيير إلّا أن يحمل مادلّ على صحّة الشرط على التقيّة لموافقته العامّة كما في الاستبصار أو يفرق بين النذر والشرط كما عن الشيخ في التهذيبين ولامجال لاستصحاب عدم المخالفة كما بيّن في محلّه .

وكيف كان لو شرطت تسليم المهر في أجل فإن تأخّر عنه فلاعقد ، يكون الشرط

---

(۱) الكافي ج ۶ ص ۱۷۹ و ج ۵ ص ۴۰۳ . والتهذيب ج ۲ ص ۲۱۹ .

(۲) الكافي ج ۵ ص ۴۰۴ .

(۳) التهذيب ج ۲ ص ۲۱۹ .

فاسداً لأنّ انتفاء العقد لايتحقّق إلّا بالفسخ أوالطلاق ليس غير .

ويدلّ عليه أيضاً صحيح محمّد بن قيس عن أبي جعفر عليه‌السلام « في الرّجل تزوّج المرأة إلى أجل مسمّى فإن جاء بصداقها إلى أجل مسمّى فهي امرأته ، و إن لم يأت بصداقها إلى الأجل فليس له عليها سبيل ، وذلك شرطهم بينهم حين أنكحوه فقضى للرّجل أنّ بيده بضع امرأته وأحبط شرطهم[1] » .

ولوشرط أن لايفتضّها صحّ ولزم الشرط ويدلّ عليه خبر سماعة « قلت : جاء رجل إلى امرأة فسألها أن تزوّجه نفسها ، فقالت : اُزوّجك نفسي على أن تلتمس منّي ماشئت من نظر والتماس ، وتنال منّي ماينال الرّجل من أهله إلّا أنّك لا تدخل فرجك في فرجي وتتلذّذ بماشئت فانّي أخاف فضيحة ، قال : ليس له منها إلّا مااشترط[2] » .

ورواه في الكافي عن عمّار بن مروان عن أبي عبدالله عليه‌السلام مثله إلّا أنّ فيه «فسألها أن تزوجّه نفسها متعة[3] » .

وعن إسحاق بن عمّار عن أبي عبدالله عليه‌السلام قال : « قلت له : رجل تزوّج بجارية عاتق على أن لايفتضّها ، ثمّ أذنت له بعد ذلك ؟ قال : إذا أذنت له فلابأس[4] » .

وضعف السند مجبور بعمل الأعلام فلامجال للإشكال بأنّه مناف لمقتضى العقد أو مخالف للمشروع كما أنّه لامجال للتفرقة بين النكاح الدّائم والمنقطع بعد ظهور التزوّج بلاقيد في الدّائم .

وقد يقال بالتفصيل من جهة صحيحة محمّد بن قيس عن أبي جعفر عليه‌السلام قال : « قضى عليّ عليه‌السلام : في رجل تزوّج امرأة وأصدقها واشترط في ذلك أنّ بيدها الجماع والطلاق ، قال عليه‌السلام : خالفت السنّة و ولّت الحقّ من ليس بأهله[5] » .

(۱) الكافي ج ۵ ص ۴۰۲ .

(۲) التهذيب ج ۲ ص ۲۱۸ .

(۳) الكافي ج ۵ ص۴۶۷ والتهذيب ج ۲ ص ۱۹۰ عن الكافي .

(۴) التهذيب ج ۲ ص ۲۱۸ .

(۵) الفقيه باب المتعة تحت رقم ۳۰ .

ومقتضى الجمع حمل الطائفة الاُولى على النكاح المنقطع ، ويمكن أن يقال : فرق بين كون أمر الجماع والطلاق بيد المرأة وبين اشتراط عدم المباشرة أو عدم الافتضاض فالأوّل كما لو باع وشرط على المشتري كون أمر البيع بيده والثاني كما لو باع وشرط أن لا يبيع من زيد وبعبارة اُخرى الثاني يرجع إلى قصر السلطنة والأوّل على إثبات السلطنة مضافاً إلى أنّ هذا لو تمّ لزم عدم صحّة الاشتراط حتّى في النكاح المنقطع وإلى أنّ التزوّج بلا قيد ظاهر في الدّائم .

﴿ السابع لو شرط أن لا يخرجها من بلدها لزم ولو شرط لها مائة إن خرجت معه وخمسين إن لم تخرج فإن أخرجها إلى بلد الشرك فلا شرط له ولزمته المائة وإن أرادها إلى بلد الإسلام فله الشرط. الثامن لو اختلفا في أصل المهر فالقول قول الزّوج مع يمينه ولو كان بعد الدّخول ، وكذا لو خلا فادّعت المواقعة . التاسع يضمن الأب مهر ولده الصغير إن لم يكن له مال وقت العقد ولو كان له مال كان على الولد ﴾ .

إذا اشترط أن لا يخرجها من بلدها فالمعروف صحّة الشرط و لزومه و استدلّ بعموم « المؤمنون عند شروطهم » و خصوص صحيحة أبي العبّاس عن أبي عبدالله عليه السلام « في الرّجل يتزوّج امرأة ويشترط لها أن لا يخرجها عن بلدها ، قال عليه السلام : يفي لها بذلك - أو قال : يلزمه ذلك - [1] » .

وصحيحة ابن أبي عمير قال : « قلت لجميل بن درّاج : رجلٌ تزوّج امرأة وشرط لها المقام بها في أهلها أو بلد معلوم ، يقال : قد روى أصحابنا عنهم عليهم السلام « أنّ ذلك لها وأنّه لا يخرجها إذا شرط ذلك لها [2] » .

وحكي الخلاف من جهة أنّ مقتضى العقد هو استحقاق الاستمتاع بها في كلّ زمان ومكان فاشتراط هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد وبأنّ الاستمتاع بها في كلّ مكان حقٌّ للزّوج بأصل الشرع فإذا شرط ما يخالفه بطل ، واُجيب عن الصحيحتين بحملهما على الاستحباب .

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٠٢ .

(٢) التهذيب ج٢ ص٢٢٠ .

وأُجيب عمّا ذكر بعدم كون هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد وإلاّ لزم بطلان العقد للزوم التناقض ولا يلتزم به. ومادلّ على كون الاستمتاع بالنحو المذكور حقّاً للزّوج شرعاً لم يثبت كونه فعليّاً ناظراً إلى العناوين الطارية كي يكون الشرط المخالف له باطلاً مخالفاً للمشروع، وحمل الصحيحتين على الاستحباب خلاف الظاهر لاوجه له مع عدم المعارض.

ويمكن أن يقال: ماذكر أخيراً من أنّ المدار في المخالفة الفعليّة والنظر إلى العناوين الطارية يشكل لأنّ لازمه أنّه مع عدم الدّليل أيضاً يشكّ في ثبوت الحقّ بحيث لولاعموم «المؤمنون عند شروطهم» والصحيحتان كنّا شاكّين في ثبوت الحقّ المذكور وليس كذلك فالأولى أن يقال: لولا الصحيحتان أشكل التمسّك بعموم «المؤمنون عند شروطهم» لاحتمال المخالفة وبعد ملاحظة الصحيحتين وظهورهما في اللّزوم نستكشف عدم المخالفة.

ولو شرط لها مائة إن خرجت معه وخمسين إن لم تخرج - الخ فاستدلّ على عدم صحّة الشرط في صورة الإخراج إلى بلد الشرك وصحّة الشرط له إن أرادها إلى بلد الإسلام مضافاً إلى عموم «المؤمنون عند شروطهم» بحسنة عليّ بن رئاب عن أبي الحسن موسى عليه السلام قال: «سئل وأنا حاضر عن رجل تزوّج امرأة على مائة دينار على أن تخرج معه إلى بلاده فإن لم تخرج معه فمهرها خمسون ديناراً أرأيت إن لم تخرج معه إلى بلاده؟ قال: فقال عليه السلام: إن أراد أن يخرج بها إلى بلاد الشرك فلا شرط له عليها في ذلك ولها مائة دينار الّتي أصدقها إيّاها، وإن أراد أن يخرج بها إلى بلاد المسلمين ودار الإسلام فله ما اشترط عليها، والمسلمون عند شروطهم و ليس له أن يخرج بها إلى بلاده حتّى يؤدّي إليها صداقها أو ترضى منه من ذلك بما رضيت به، وهو جائز له[1]».

وقد توقّف في العمل بهذه الرّواية من جهة مخالفتها مع أُصول من جهة مجهوليّة المهر حيث جعله مائة على تقدير وخمسين على تقدير، والحكم بأنّ لها مائة إن أراد إخراجها إلى بلاد الشرك وأنّه لا شرط له عليها بمعنى أنّه لا يجب عليها الخروج معه

---

(١) الكافي ج٥ ص ٤٠٢ باختلاف في اللفظ.

مع أنّه خلاف الشرط الّذي وقع العقد عليه لأنّ استحقاقها للمائة علّق على الخروج معه إلى بلاده كائنةً ماكانت والحكم بأنّه ليس له أن يخرجها إلى بلاد المسلمين إلّا بعد إعطاء المهر فإنّه يشمل بإطلاقه ما لو كان ذلك بعد الدّخول مع أنّه لايجوز له الامتناع بعد الدّخول ولايجب عليه إعطاء المهر إلّا أن تطلبه مع تهيّئها للتمكين واُجيب بأنّ الرّواية بعد كونها واجدة لشرائط الحجّيّة من جهة كونها حسنة بإبراهيم بن هاشم لاوجه لعدم العمل بها و الرّجوع إلى مقتضى الاُصول ، وغاية الأمر مخالفتها لبعض القواعد الّتي اقتضتها العمومات والاطلاقات ، هذا مضافاً إلى إمكان المنع عن مخالفتها لمقتضى الاصول لأنّه لا يعتبر في صحّة المهر معلوميّته من كلّ وجه ولذا يكتفي بالمشاهدة مع احتمال كون المهر هو المائة و إنّما اشترط عليها الإبراء إن لم تخرج معه وأمّا الحكم بأنّ له المائة إن أراد إخراجها إلى بلاد الشرك وأنّه لاشرط له عليها فلعلّه لانصراف الإخراج الّذي علّق عليه المائة إلى الإخراج الجائز ، وأمّا الحكم بأنّه ليس له أن يخرجها إلى بلاد المسلمين إلّا أن يعطيه المهر ، فيمكن أن يكون حكماً تكليفيّاً من دون استتباع لحكم وضعيٍّ كحق الامتناع لها ولو بعد الدّخول وسقوط حقّ امتناعه عن إعطاء المهر مع عدم تهيّئها للتمكين ، ويمكن أن يقال : إن كان حكم على خلاف الاُصول فلابدّ فيه من الاقتصار على المورد الخاصّ ولاأظنّ أن يلتزم به ، وما ذكر من عدم اضرار الجهالة لايصحّح الاشكال من جهة الترديد في المهر ولم يذكر في السؤال شرط الإبراء حتّى ينزل الجواب عليه ، وماذكر من انصراف الإخراج الجائز يشكل من جهة أنّه يلزم منه حرمة خروج المسلمين إلى بلاد الشرك ولوكانوا متمكّنين من حفظ تكاليفهم من الاتيان بالواجبات وترك المحرّمات وماذكر من إمكان كون الحكم بوجوب إعطاء المهر حكماً تكليفيّاً محضاً يشكل من جهة أنّ اختصاص هذا التكليف في خصوص المورد بعيد والتعميم لايلتزم به .

ولواختلف الزّوج و الزّوجة في استحقاق المهر و عدمه فلا إشكال في أنّ القول قول الزّوج مع يمينه إذاكان الاختلاف قبل الدّخول وأمّا لوكان بعد الدّخول فكذلك على المشهور لأصالة براءة ذمّة الزّوج عن المهر المسمّى مع ثبوت انتفاء التفويض وعن

مهر المثل مع عدم ثبوته أمّا على الأوّل فلاحتمال كون المهر على أبيه لأنّ تزوّجه و هو صغير معسر أو كونه ديناً في ذمّة الزّوجة أو عيناً في يدها .

و أمّا على الثاني فلأنّ أصالة عدم التسمية بضميمة مادلّ على استحقاقها مهر المثل عليه بالدّخول إن لم يسمّ لها مهراً و إن كان مقتضاها استقرار مهر المثل عليه والأصل عدم دفعه إليها لكن عموم مادلّ على استحقاقها مهر المثل بالدّخول فيما لم يسمّ لها مهراً مخصّص بمادلّ على سقوط مهر المثل عن ذمّته بالتهاتر فيما لو كان له دين في ذمّتها بمقدار مهر المثل أو أزيد فمع احتمال كونها مدينة له بمقدار مهر المثل لا يصحّ التمسّك لاستقرار مهر المثل لها عليه بعموم مادلّ على استحقاقها له بالدّخول إلّا بناء على صحّة التمسّك بالعام مع الشكّ في مصداق المخصّص والحقّ أن يقال : أصالة براءة ذمّة الأب و كذا أصالة براءة ذمّة الزوجة جاريتان ،والثانية مقدّمة على أصالة براءة ذمّة الزوج لتقدّم الأصل السببي على المسبّبي ولذا لا يشكّ في مالو ادّعى البايع عدم ردّ الثمن في أنّ القول قول البايع . هذا مضافاً إلى الاشكال في صحّة التهاتر لأنّ عمدة ماقيل فيها أنّه إذا اشتغل ذمّة أحد الشخصين للآخر بمثل ما اشتغل ذمّة الآخر له فأداء كلّ واحد منهما ما في ذمّته للآخر لغو فلا يصحّ أن يكون معمولاً به ، وأراد بعض الاعلام الاستدلال ببعض الأخبار ويشكل الاستفادة منه . وقد سبق الكلام فيه فنقول: لازم ماذكر أنّه لو كان عين لزيد مثلاً في يد آخر ومثل العين المذكورة في يد زيد لعمرو وحصول المعاوضة قهراً من دون حاجة إلى المعاوضة لما ذكر من اللّغويّة .

وقد يستشكل المحقّق الأردبيلي - قدّس سرّه - في صحّة التهاتر بل يبالي وقوع الاستشكال في كلام العلاّمة - قدّس سرّه - أيضاً .

و أمّا أصالة براءة ذمّة الأب فليست مقدّمة على أصالة براءة ذمّة الزّوج لكن احتمال اشتغال ذمّة الأب لا يوجب سقوط المهر عن ذمّة الزّوج.وقد يقال: إذا ثبت انتفاء التفويض وعلم بعدم كون المهر في ذمّة الوالد وعدم كونه عيناً في يدها أو ديناً في ذمّتها فالحقّ ماذهب إليه المشهور من أنّ القول قول الزّوج لأنّ البراءة الأصليّة وإن كانت منتقضة بالعلم باستقرار شيء في ذمّة الزّوج ومقتضى الأصل عدم دفعه إليها لكن الزّوجة

لا تخلو إمّا أن تدّعي المهر المسمّى من غير تعيين له أو تدّعي مع التعيين فعلى الأوّل لاتكون دعواها مسموعة لعدم سماع الدّعوى على المجهول وعلى الثاني يكون الأصل مع الزّوج لأنّ الأصل عدم كون المهر ماتدّعيه من المهر المعيّن ومجرّد العلم باستقرار شيء في ذمّته لايجدى شيئاً .

ويمكن أن يقال : لازم ماذكر عدم منجّزيّة العلم الإجمالي باشتغال الذمّة بشيء مردّد بين أشياء مختلفة كما إذا كان عليه دين لشخص معيّن وكان الدّين مردّد بين أشياء مختلفة ، وماذكر من الأصل المذكور أعني عدم كون المهر ماتدّعيه المرأة لاحالة سابقة لعوالسالبة بانتفاء الموضوع لاتفيد بنظر الأعلام مضافاً إلى معارضة الأصل المذكور بأصالة عدم كون المهر غير ماتدّعيه المرأة ومع التعارض كيف يجرى الأصل المذكور ولا يتصوّر خروج بعض الأطراف عن محلّ الابتلاء بناء على جريان الأصل حينئذ ، غاية الأمر عدم التمكّن من تأدية ماهو طرف العلم الإجمالي وهو لايوجب سقوط التكليف لإمكان تأدية البدل مضافاً إلى الاشكال في مانعيّة خروج بعض الأطراف عن محلّ الابتلاء عن تنجيز العلم الإجمالي .

ولوخلى الزّوج بالزّوجة فادّعت المواقعة وثبوت المهر أو استقراره فالقول قول الزّوج للأصل وقد يستظهر من بعض الأخبار خلافه وقد مرّ الكلام فيه . وإذا زوّج الأب الزّوجة من ولده الصغير ولم يكن له مال حين العقد ضمن المهر بلاخلاف ظاهر ويدلّ عليه صحيح الفضل بن عبدالملك « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرّجل يزوّج ابنه وهو صغير ؟ قال : لابأس ، قلت : يجوز طلاق الأب ، قال: لا ، قلت : على من الصداق ؟ قال : على الأب إن كان ضمنه لهم وإن لم يكن ضمنه فهو على الغلام إلّا أن لايكون للغلام مالٌ فهو ضامن له ، وإن لم يكن ضمن[1] » .

وموثّق عبيد « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرّجل يزوّج ابنه وهو صغيرٌ ؟ قال: إن كان لابنه مالٌ فعليه المهر ، وإن لم يكن للابن مال فالأب ضامن المهر ضمن أولم يضمن »[2] .

---

(١) و(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٠٠ ، والتهذيب ج ٢ ص ٢٢٤ .

والمحكي عن القواعد أنّه لو تبرّء في العقد من ضمان العهدة صحّ إن علمت المرأة بالإعسار، ويقال: لعلّه لأنّ المؤمنين عند شروطهم ولدخول المرأة على ذلك وللاقتصار في خلاف الأصل على المتيقّن.

ويمكن أن يقال: مع ملاحظة النصّ الدّالّ على الضمان لعلّ الشرط المذكور مخالف للسنّة ومع الإطلاق كيف يقتصر على القدر المتيقّن وكيف يلاحظ دخول المرأة على ذلك ومقتضى الصحيحة والموثّقة أنّه مع وجود المال للولد يكون المهر على الولد.

﴿العاشر للمرأة أن تمتنع حتّى تقبض مهرها، وهل لها ذلك بعد الدّخول فيه قولان أشبههما أنّه ليس لها ذلك﴾.

المعروف بين الأصحاب أنّ المرأة لها الامتناع من تسليم نفسها للزّوج قبل الدّخول حتّى تقبض مهرها، وقد يقال في وجهه: إنّ النكاح مع ذكر المهر فيه يكون من العقود المعاوضيّة كالبيع الّذي يقال فيه إن لكلّ من البيّعين الامتناع من التسليم حتّى يقبض العوض لأنّ معنى الوفاء بالعقد اللّازم بحكم العرف والشرع هو العمل خارجاً على طبق ما التزم به المتعاقدان به في العقد من النقل والانتقال. وهذا التقريب لا يخلو عن الإشكال لأنّ النكاح الدّائم ليس على النحوين فكما يصحّ النكاح بدون ذكر المهر كذلك في صورة ذكر المهر ليس المهر عوضاً ولازم التقريب المذكور أنّ لها الامتناع حتّى بعد الدّخول ولا يلتزمون به وقد يستدلّ على ذلك بخبر زرعة عن سماعة «سألته عن رجل تزوّج جارية أو تمتّع بها ثمّ جعلته في حلّ من صداقها، يجوز أن يدخل بها قبل أن يعطيها شيئاً؟ قال: نعم، إذا جعلته في حلّ فقد قبضته[1]» فإنّه يدلّ بمفهومه على عدم جواز الدّخول بها قبل أن تقبض مهرها، ولا يخفى أنّ المراد امتناع الزّوجة من تسليم نفسها لاستمتاع الزّوج، والمستفاد من هذا الخبر - لو لم يكن إشكال فيه من جهة السند - عدم جواز خصوص الدّخول دون ساير الاستمتاعات بل لا يبعد أن يكون مساق هذا الخبر مساق الأخبار الأخر المحمولة على الكراهة كخبر أبي بصير عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «إذا تزوّج الرّجل المرأة فلا يحلّ له فرجها حتّى يسوق إليها شيئاً درهماً

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٢٠.

فمافوقه أو هديّة من سويق أو غيره[1] » .

ويؤيّده ما في الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام « عن رجل تزوّج امرأة على أن يعلّمها سورة من كتاب الله عزّ وجلّ فقال عليه السلام : ما أحبّ أن يدخل بها حتّى يعلّمها السورة ويعطيها شيئاً ، قلت : أيجوز أن يعطيها تمراً أو زبيباً ؟ فقال : لا بأس بذلك إذا رضيت به كائناً ما كان[2] » .

والمحكيّ عن الحدائق ونهاية المرام أنّه ليس لها الامتناع من تسليم نفسها ولا للزّوج الامتناع من تسليم المهر بل كلّ منهما مكلّف شرعاً بأداء ما عليه عصى الآخر أو أطاع .

﴿ النظر الثالث في القسم والنشوز والشقاق . أمّا القسم فللزّوجة الواحدة ليلة وللاثنين ليلتان وللثلاث ثلاث ، والفاضل من الأربع له أن يضعه حيث شاء ولو كنّ أربعاً فلكلّ واحد ليلة ولا يجوز الاخلال إلّا مع العذر أو الإذن ، والواجب المضاجعة لا المواقعة ويختصّ الوجوب باللّيل دون النهار ، وفي رواية الكرخي إنّما عليه أن يكون عندها في ليلتها ويظلّ عندها في صبيحتها ﴾ .

الظاهر من كلمات الفقهاء ـ رضوان الله تعالى عليهم ـ وجوب القسمة بين الزّوجات في الجملة وإنّما الخلاف في أنّه هل تجب على الزّوج ابتداء بمجرّد العقد والتمكين كالنفقة أو لا تجب عليه حتّى يبتدء بها وتظهر الثمرة في أنّه على الأوّل لو كانت لمزوجة واحدة يجب عليه المبيت في كلّ أربع ليال ليلة وكان اللّيالي الثلاث له يضعه حيث يشاء ولو كان له زوجتان كان لكلّ واحدة ليلة من كلّ أربع ليال واللّيلتان الباقيتان له وهكذا لو كانت ثلاث زوجات ، ولو كنّ أربع لا يبقى له ليلة وعلى القول الآخر فلو كانت له زوجة واحدة لم يجب عليه القسمة لها مطلقاً ولو مع المبيت ليلة عندها ولو كانت لمزوجتان أو أزيد لم يجب عليه القسمة إلّا مع المبيت ليلة عند إحديهنّ فيجب القسمة لهنّ

(۱) التهذيب ج ۲ ص ۲۱۵ ، والاستبصار ج ۳ ص ۲۲۰ .

(۲) الكافي ج ۵ ص ۳۸۰ ، والتهذيب ج۲ ص ۲۱۸ .

حتّى يتمّ الدّور ولا يجب عليه استيناف الدّور بل كان له الاعتزال عنهنّ .

و استدلّ للقول الأوّل بوجوب العدل والأمر بالمعاشرة بالمعروف والتأسّي بالنبيّ صلى الله عليه وآله حيث كان يقسّم بينهنّ (١) ، وقول الصادق عليه السلام على المحكيّ في خبر البصري «في الرّجل يكون عنده المرأة فيتزوّج اُخرى كم يجعل للّتي يدخل بها ؟ قال عليه السلام: ثلاثة أيّام ، ثمّ يقسم (٢)» حيث إنّ قوله عليه السلام يدلّ على وجوب القسم وإطلاق الاخبار المستفيضة الآمرة بالقسم للحرّة مثلي ما للأمة .

منها مارواه الشيخ - قدّس سرّه - في الصحيح عن محمّد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال : «سألته عن الرّجل تزوّج المملوكة على الحرّة ؟ قال : لا ، فإذا كانت تحته امرأة مملوكة فتزوّج عليها حرّة قسم للحرّة مثلي مايقسم للمملوكة (٣) » .

وعن محمّد بن قيس في الموثّق عن أبي جعفر عليه السلام قال : «قضى في رجل نكح أمةً ثمّ وجد طولاً يعني استغناء اولم يشته أن يطلّق الأمة نفسه فيها فقضى أنّ الحرّة تنكح على الأمة ولا ينكح الأمة على الحرّة إذا كانت الحرّة أوليهما عنده و إنما كانت الأمة عنده قبل نكاح الحرّة على الأمة قسم للحرّة الثلثين من ماله ونفسه [يعني نفقته] وللأمة الثلث من ماله ونفسه (٤) » .

وعن عبدالرّحمن بن أبي عبدالله عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « سألته عن الرّجل تزوّج الأمة على الحرّة قال : لايتزوّج الأمة على الحرّة ويتزوّج الحرّة على الأمة وللحرّة ليلتان وللامة ليلة (٥) » .

وما رواه في الكافي والتهذيب عن أبي بصير قال : «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن نكاح الأمة قال : يتزوّج الحرّة على الأمة - إلى أن قال - وإن اجتمعت عندك حرّة وأمة

(١) مجمع البيان ج ٣ ص ١٢١ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٥٦٥ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٣٢ .

(٤) و(٥) التهذيب ج ٢ ص ٢٣١ .

فللحرّة يومان وللأمة يوم »(١) .

و إطلاق مادلّ من النصوص على أنّ لكلّ زوجة ليلة من أربع كخبر عليّ بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام قال : « سألته عن رجل له امرأتان قالت إحداهما : ليلتي ويومي لك يوماً أوشهراً أو ماكان ، أيجوز ذلك ؟ قال عليه السلام : إذا طابت نفسها واشترى ذلك منها فلابأس(٢) » .

وخبرالحسن بن زياد عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «سألته عن الرّجل يكون له المرأتان وإحداهما أحبّ إليه من الاُخرى أله أن يفضّلها بشيء ؟ قال عليه السلام : نعم له أن يأتيها ثلاث ليال والاُخرى ليلة ، لأنّ له أن يتزوّج أربع نسوة فليلتاه يجعلهما حيث يشاء ، قلت : فتكون عنده المرأة فيتزوّج جارية بكراً قال : فليفضّلها حين يدخل بها ثلاث ليال وللرّجل أن يفضّل نساءه بعضهنّ على بعض مالم يكنّ أربعاً (٣) » .

وصحيح ابن مسلم قال : «سألته عن الرّجل تكون عنده امرأتان إحدهما أحبّ إليه من الاُخرى قال : له أن يأتيها ثلاث ليال و الاُخرى ليلة ، فان شاء أن تزوّج أربع نسوة كان لكلّ امرأة ليلة ولذلك كان له أن يفضّل بعضهنّ على بعض مالم يكنّ أربعاً (٤)» .

ونوقش في استفادة مذهب المشهور ممّا ذكر بأنّ وجوب العدل فرع ثبوت الحقّ لأنّ العدل إعطاء كلّ ذي حقّ حقّه فبه لايثبت الحقّ ، والأمر بالمعاشرة بالمعروف لايقتضي وجوب المبيت ، والتأسّي بالنبيّ صلّى الله عليه وآله لامحلّ له بعد معلوميّة عدم وجوب القسم عليه . وأمّاخبرالبصريّ فهوفي مقام بيان عدم استحقاق الجديدة أكثر من ثلاث ليال يختصّ لها وليس في مقام بيان وجوب القسمة . وأمّاأخبار الحرّة والأمة فهي في مقام بيان كيفيّة العدل حيث يريد القسمة ، وأمّا خبرعليّ بن جعفر وخبر الحسن بن زياد وغيرهما من

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٦٠ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٣٦ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٣١ .

(٤) الفقيه باب ما أحل الله من النكاح تحت رقم ٦٨ .

النصوص الدالّة على أنّ لكلّ زوجة ليلة من أربع ليال فهي في مقام بيان جواز تفضيل بعض النساء على بعض لا في مقام بيان وجوب القسمة بينهنّ ابتداء.

ثمّ بعد نقل القول الآخر والاشكال فيما استدلّ له قرّب الاستدلال لمذهب المشهور بخبر الحسن بن زياد المتقدّم حيث علّل جواز تفضيل النساء بعضهنّ على بعض بقوله «لأنّ له أن يتزوّج أربع نسوة» ومن المعلوم أنّه لا دلالة لهذا التعليل على جواز التفضيل أصلاً إلّا بضميمة مقدّمة كانت مفروغ عنها عند السائل وهي استحقاق كلّ زوجة ليلة واحدة من أربع ليال إذ حينئذ يكون حاصل التعليل أنّه حيث كان للزّوجة الواحدة من كلّ أربع ليال ليلة واحدة لا أزيد كانت اللّيالي الثلاث الباقية له أباح الله تعالى له أن ينكح أربع نساء إذ لو كان للواحدة من كلّ أربع ليال أزيد من ليلة واحدة لم يبح له أن ينكح أربع نساء لاستلزامه تضييع حقّ كلّ منهنّ فهذا التعليل يدلّ بدلالة الاقتضاء على أنّ للزّوجة على الزّوج القسم ابتداء ولو كانت عنده واحدة.

ويمكن أن يقال: لا مجال لإنكار ظهور جملة الخبريّة أعني قوله عليه السلام على المحكيّ في خبر البصرى «ثمّ يقسّم» وقوله عليه السلام على المحكيّ في صحيح محمّد بن مسلم «قسم للحرّة مثلي ما يقسم للمملوكة». وما في موثّق محمّد بن قيس وكون هذه الأخبار في مقام بيان أمر آخر لا يمنع الظهور.

وما ذكر في الاستدلال بخبر الحسن بن زياد يشكل من جهة أنّ استحقاق الزّوجه ليلة واحدة من أربع ليال لا يلازم وجوب المبيت عندها ألا ترى أنّ حقوقاً كثيرة للمؤمن من دون الإيجاب هذا، ولكن يشكل مذهب المشهور بملاحظة ما يستدلّ به للقول الآخر وهو ما روي من أنّ النبيّ صلّى الله عليه وآله غضب على بعض نسائه فاعتزلهنّ أجمع شهراً فلو كان القسم واجباً لكان المتعيّن اختصاص الناشزة بالحرمان والنصوص المستفيضة الدالّة على حصر حقّ الزّوجة على الزّوج في غير القسم كخبر إسحاق بن عمّار قال: «قلت لأبي عبدالله عليه السلام: ما حقّ المرأة على زوجها الّذي إذا فعله كان محسناً قال عليه السلام: يشبعها و يكسوها وإن جهلت غفر لها (١)»

(١) الكافي ج ٥ ص ٥١٠.

وخبر شهاب بن عبدربّه قال : « قلت لأبي عبدالله عليه السلام : ماحقّ المرأة على زوجها ؟ قال : يسدّ جوعها ويسترعورتها ، ولا يقبح لها وجهاً ، فاذا فعل ذلك فقد والله أدّى حقّها[1] » .

ونوقش بعدم استفادة المدّعى ممّا ذكر إلاّ الأصل أمّا ماروي من اعتزال النبيّ صلى الله عليه وآله لنسائه أجمع فلأنّ دلالته على عدم وجوب القسم مبنيّ على وجوب القسم عليه أيضاً على تقدير وجوبه على الزّوج وقدعرفت أنّ المشهور بين الخاصّة والعامّة عدم وجوبه عليه صلى الله عليه وآله وأمّا النصوص الدّالّة على حصر حقّ الزّوجة على الزّوج في غير القسم فهي محمولة على الحقوق المختصّة بها فلا دلالة لها على عدم استحقاقها القسم الّذي هو من الحقوق المشتركة بينهما لأنّه نحو من أنحاء الاستمتاع الّذي هو حقّ للزّوج .

و يمكن أن يقال : إذا لم يكن القسم واجباً على النبيّ صلى الله عليه وآله فلامانع من التأسّي به صلى الله عليه وآله لأنّه لم يحرز أن يكون عدم الوجوب من خصائصه . وأمّا النصوص الدّالّة على الحصر فما ذكر فيها من الحمل على الحقوق المختصّة مشكلٌ ، من جهة أنّ الحقّ المشترك حقُّ الاستمتاع من دون مدخليّة لليوم و اللّيل و الأخبار الواردة في القسم يستفاد منها مدخليّة ليلة واحدة ، من أربع ليال ، و ظاهر الاخبار الاختصاص بالزّوجة وعلى هذا فلامانع من الجمع وحمل أخبار القسم على الحقّ الغير الواجب مراعاته كحقوق المؤمن على أخيه الثلاثين أو أقلّ ، هذا مضافاً إلى أنّ الظاهر من الأخبار إستحقاق الزّوجة مبيت الزّوج تمام اللّيل مع أنّ سيرة المتشرّعة على خلافه لاشتغالهم بالصلاة والتدريس والتدرّس والشواغل الدّينيّة والدّنيويّة ومن المسلّم عند الفقهاء جواز المسافرة ولم نعثر على نصّ استثنى فيه أوقات المسافرة ومقتضى الإطلاقات وجوب القسم في جميع الأزمنة والسفر بدون مسافرة الزّوجة وإن لم يكن مقدّمة لترك القسم الواجب لكنّه ملازم لتركه فيكون المسافر عاصياً من جهة ترك القسم .

هذا كلّه إن لم يكن إجماع في البين و مع تماميّة الإجماع القدر المتيقّن ماذهب إليه الشيخ - قدّس سرّه - وهو القول الثاني ، وفي المتن لايجوز الإخلال إلاّ مع العذر

(١) الكافي ج ٥ ص ٥١١ .و التهذيب ج ٢ ص ٢٢١ .

أو الإذن والظاهر من كلماتهم أنّ المراد من العذر ليس مايبيح ترك الواجب بل مطلق ما يكون مثله عذراً في العادة في التخلّف عنها في بعض اللّيلة تمسّكاً بالسيرة القطعيّة و أنّ الميزان مايتحقّق به مسمّى العدل و العشرة بالمعروف ولا يخفى الاشكال فيه مع القول بالوجوب ، ولا إشكال في أنّ الواجب ليس المواقعة الّتي لاتجب عليه إلّا في كلّ أربعة أشهر مرّة لعدم الدّليل على وجوبها بل الدّليل على عدم وجوبها ويدلّ على عدم الوجوب خبر إبراهيم الكرخي « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل له أربع نسوة فهو يبيت عند ثلاث منهنّ في لياليهنّ فيمسّهنّ وإذا نام عند الرابعة في ليلتها لم يمسّها فهل عليه في هذا إثمٌ ؟ قال : إنّما عليه أن يكون عندها في ليلتها ويظلّ عندها صبيحتها وليس عليه أن يجامعها إذا لم يرد ذلك »[1] و أمّا المضاجعة بمعنى النوم في فراش واحد بحيث يتحقّق التلاصق بالأبدان أو الثياب فيشكل استفادة لزومها من الأخبار واستفادة اللّزوم من قوله تعالى : « فاهجروهنّ في المضاجع » مشكلة حيث إنّ الهجر و إن كان مشروطاً بالنشوز لكن ليس كلّ ترك هجراً بل الظاهر أنّ الترك بنحو الإعراض يكون هجراً و مقتضى الأخبار المذكورة إستحقاق المرأة مبيت الزّوج عند ها في خصوص اللّيل دون النهار وما في رواية إبراهيم المذكورة من قوله عليه السلام على المحكيّ « و يظلّ عندها صبيحتها » محمول على الندب نعم في الأخبار الواردة في تزوّج الرّجل المملوكة والحرّة عبّر للحرّة يومان وللامة يوم فلابدّ من التوجيه باستحباب إضافة اليوم اليوم الى اللّيلة أو إرادة معنى الآخر ولا مجال لرفع اليد عن الأخبار الدّالّة على تعيين خصوص اللّيلة في القسم .

﴿ ولو اجتمعت مع الحرّة أمّة بالعقد فللحرّة ليلتان و للأمة ليلة و الكتابيّة كالأمة ولاقسمة للموطوءة بالملك وتختصّ البكر عند الدّخول بثلاث إلى سبع والثيّب بثلاث ويستحبّ التسوية بين الزّوجات في الإنفاق وإطلاق الوجه و الجماع وأن يكون في صبيحة كلّ ليلة عندصاحبها ﴾ .

---

(١) الفقيه باب ما احل الله من النكاح تحت رقم ٦٧ . والتهذيب ج ٢ ص ٢٣٢ واللفظ له .

لو اجتمعت مع الحرّة أمة بالعقد فمقتضى الأخبار أنّ للحرّة ليلتين وللأمة ليلة .

منها ما رواه الشيخ في الصحيح عن محمّد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال : سألته عن الرّجل يتزوّج المملوكة على الحرّة قال : لا فإذا كانت تحته امرأة مملوكة فتزوّج عليها حرّة قسم للحرّة مثلي ما يقسم للمملوكة (١) » .

ومنها موثّق محمّد بن قيس وخبر عبدالرّحمن بن أبي عبدالله المتقدّمان و غيرها و أمّا كون الكتابية كالأمة فهو المشهور ويدلّ عليه ما رواه في الكافي عن عبدالرّحمن ابن أبي عبدالله قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام هل للرّجل أن يتزوّج النصرانيّة على المسلمة والأمة على الحرّة ؟ فقال : لا يتزوّج واحدة منهما على المسلمة ويتزوّج المسلمة على الأمة والنصرانيّة وللمسلمة الثلثان وللأمة والنصرانيّة الثلث (٢) »

وضعف السند مجبور بالعمل ، وأمّا عدم القسمة للموطوءة بالملك فادّعى عليه الإجماع ويكفي في المقام عدم دليل على استحقاقها فمقتضى الأصل عدم استحقاقها ، و أمّا اختصاص البكر عند الدّخول بثلاث إلى سبع والثيّب بثلاث فهو المشهور ويدلّ عليه النبويّ صلّى الله عليه وآله « للبكر سبعة وللثيّب ثلاث »(٣).

وصحيح ابن أبي عمير ، عن غير واحد ، عن محمّد بن مسلم قال : «قلت : الرّجل تكون عنده المرأة يتزوّج الأخرى أله أن يفضّلها ؟ قال : نعم إن كانت بكراً فسبعة أيّام وإن كانت ثيّباً فثلاثة أيّام (٤) » .

وخبره الآخر« قلت لأبي جعفر عليه السلام : رجل تزوّج امرأة وعنده امرأة ؟ قال : إذا كانت بكراً فليبت عندها سبعاً وإن كان ثيّباً فثلاثاً (٥) » .

وخبر هشام بن سالم عن أبي عبدالله عليه السلام «في الرّجل يتزوّج البكر قال : يقيم

---

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٣٢ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٥٩ .

(٣)

(٤) الفقيه باب ما احل الله من النكاح تحت رقم ٦٦ .

(٥) التهذيب ج ٢ ص ٢٣١ والاستبصار ج ٣ ص ٢٤١ .

عندها سبعة أيّام [١] ».

وعلى ذلك ينزّل إطلاق خبر البصريّ عن أبي عبدالله عليه السلام « في الرّجل يكون عنده المرأة فيتزوّج الاُخرى كم يجعل للّتي يدخل بها ؟ قال : ثلاثة أيّام ثمّ يقسّم [٢] ».

وفي قبال ماذكر خبر حسن بن زياد عن أبي عبدالله عليه السلام وفيه « قلت : فيكون عنده المرأة فيتزوّج عليها جارية بكراً قال : فليفضّلها حين يدخل بها ثلاث ليال [٣] ».

وفي موثّقة سماعة « سألته عليه السلام عن رجل كانت له امرأة فيتزوّج عليها هل يحلّ له أن يفضّل واحدة على الاُخرى ؟ قال : يفضّل المحدثة حدثان عرسها ثلاثة أيّام إذا كانت بكراً ثمّ يسوّي بينهما بطيبة نفس إحداهما الاُخرى [٤] ».

و عن الشيخ في التهذيبين الجمع بينهما وبين النصوص السابقة بحمل السبع للبكر على الجواز ، والثلاث على الأفضل ولايبعد من جهة عدم ظهور الأخبار في اللّزوم نظير الأمر الوارد في مقام توهّم الحظر .

وأمّا استحباب التسوية بين الزّوجات فيدلّ عليه خبر عبدالملك بن عتبة الهاشمي « سئل الكاظم عليه السلام عن الرّجل يكون عنده امرأتان يريد أن يؤثر إحداهما بالكسوة والعطيّة أيصلح ذلك ؟ قال : لابأس واجتهد في العدل بينهما [٥] ».

وفي الخبر عن أمير المؤمنين عليه السلام : من كان عنده امرأتان فكان إذا كان يوم واحدة فلايتوضّأ عند الاُخرى [٦] ».

---

(١) الكافي ج ٥ ص ٥٦٥ .

(٢) تقدم ص ٤٢٦ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٣١ و الاستبصار ج ٣ ص ٢٤٢ .

(٤) التهذيب ج ٢ ص ٢٣١ و الاستبصار ج ٣ ص ٢٤١ .

(٥) التهذيب ج ٢ ص ٢٣٢ . والاستبصار ج ٣ ص ٢٤١ .

(٦) مجمع البيان ذيل الاية المائة والثلاثين من سورة النساء والوسائل كتاب النكاح ابواب القسم والنشوز ب ٥ تحت رقم ٣ .

بل في خبر المعمر بن خلاّد النهي عن ذلك فإنّه «سأل الرّضا عليه السلام أن يفضّل نساءه بعضهنّ على بعض، فقال: لا [١]».

وأمّا استحباب أن يكون في صبيحة كلّ ليلة عند صاحبها فيدلّ عليه خبر إبراهيم الكرخي المتقدّم بعد حمله على الاستحباب.

﴿ و أمّا النشوز فهو ارتفاع أحد الزّوجين عن طاعة صاحبه فيما يجب له فمتى ظهر من المرأة أمارة العصيان وعظها فإن لم ينجع هجرها في المضجع، وصورته أن يولّيها في الفراش، فإن لم ينجع ضربها مقتصراً على ما يؤمل معه طاعتها مالم يكن مبرحاً، ولو كان النشوز منه فلها المطالبة بحقوقها، ولو تركت بعض ما يجب أو كلّه استمالة جاز له القبول ﴾.

بعد ما كان لكلّ من الزّوج والزّوجة حقوق على الآخر يجب القيام بها فبارتفاع أحدهما عن الطاعة يتحقّق النشوز بل هو عين النشوز ويشير إلى نشوز المرأة قوله تعالى «واللاّتي تخافون نشوزهنّ فعظوهنّ - الآية» ويشير إلى نشوز الزّوج «وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً - الآية» وارتفاع كليهما يكون شقاق. وهل يكون وجوب القيام بالحقوق مطلقاً بالنسبة إلى كلّ منهما أو يكون مشروطاً بقيام الآخر وعدم نشوزه؟ مقتضى إطلاق الأدلّة الإطلاق فيجب على كلّ من الزّوج والزّوجة القيام بالحقوق وإن نشز الآخر، نعم يشكل بنظر من يستشكل في أمثال هذه الأدلّة بأنّها ليست في مقام البيان، وقد دلّ الدّليل على عدم الوجوب مع نشوز المرأة، وقد يقال ببقاء الإطلاق في طرف الزّوجة بحيث لو لم يقم الزّوج بحقوق الزّوجة لم يجز لها عدم القيام بالحقوق الواجبة عليها ففي رواية أبي بصير عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «أتت امرأة إلى رسول الله صلّى الله عليه وآله فقالت: ما حقّ الزّوج على المرأة؟ فقال صلّى الله عليه وآله: أن تجيبه إلى حاجته وإن كانت على ظهر قتب، ولا تعطي شيئاً إلاّ بإذنه، فإن فعلت فعليه الوزر وله الأجر، ولا تبيت ليلة وهو عليها ساخط. قالت: يا رسول الله و إن كان ظالماً؟ قال نعم [٢]» حيث إنّ

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٣٢.
(٢) الكافي ج ٥ ص ٥٠٨.

الظاهر من قولها « وإن كان ظالماً » كونه ظالماً لها بعدم القيام بحقوقها فقال : صلّى الله عليه وآله : نعم .

ويمكن أن يقال : الظاهر معارضة هذه الرّواية بما روى في الكافي عن سفيان بن عيينة عن أبي عبدالله عليه السلام «أنّ النبيّ صلى الله عليه وآله قال : أنا أولى بكلّ مؤمن من نفسه وعليّ عليه السلام أولى به من بعدي ، فقيل له : مامعنى ذلك؟ فقال قول النبيّ صلى الله عليه وآله : من ترك ديناً أو ضياعاً فعليّ ومن ترك مالاً فلورثته ، فالرّجل ليس له على نفسه ولاية إذا لم يكن له مال ، وليس له على عياله أمر ولانهي إذا لم يجر عليه النفقة ، والنبيّ و أمير المؤمنين و من بعد هما عليهم السلام ألزمهم هذا ، فمن هناك صاروا أولى بهم من أنفسهم ، وما كان سبب إسلام عامّة اليهود إلّا من بعد هذا القول من رسول الله صلى الله عليه وآله فإنّهم أمنوا على أنفسهم وعلى عيالاتهم» (١) .

ولننقل ماورد من الأخبار الواردة في الحقوق :

فمنها ماروى في الكافي عن محمّد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال : « جاءت امرأة إلى النبيّ صلى الله عليه وآله فقالت: يارسول الله ماحقّ الزّوجة على المرأة فقال: لها أن تطيعه ولاتعصيه ولاتصدّق من بيته إلّا بإذنه ، ولاتصوم تطوّعاً إلّا بإذنه ، ولاتمنعه نفسها وإن كان على ظهر قتب ، ولاتخرج من بيتها إلّا بإذنه وإن خرجت بغير إذنه لعنتها ملائكة السماوات وملائكة الأرض وملائكة الغضب وملائكة الرّحمة حتّى ترجع إلى بيتها ، فقالت : يا رسول الله من أعظم الناس حقّاً على الرّجل ؟ قال : والده ، قالت : فمن أعظم الناس حقّاً على المرأة ؟ قال صلى الله عليه وآله : زوجها ، قالت : فمالي عليه من الحقّ مثل ماله عليّ ؟ قال : لاو لامن كلّ مائة واحد ، فقالت : والّذى بعثك بالحقّ لايملك رقبتي رجل أبداً (٢) » .

وعن عمرو بن جبير العزرميّ ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « جاءت امرأة إلى

(١) المصدر ج ١ ص ٤٠٦ باب مايجب من حق الامام على الرعية .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٥٠٧ . والفقيه باب حق الزوج تحت رقم ١ .

رسول الله عليه السلام فقالت : يارسول الله ماحق الزوج على المرأة ، فقال : أكثر من ذلك[١] قالت : فخبّرني عن شيء منه فقال صلّى الله عليه وآله : ليس لها أن تصوم إلّا باذنه - يعني تطوّعاً - ولا تخرج من بيتها إلّا باذنه ، وعليها أن تطيّب بأطيب طيبها ، و تلبس بأحسن ثيابها ، وتتزيّن بأحسن زينتها وتعرض نفسها عليه غدوة وعشيّة وأكثر من ذلك حقوقه عليها »[٢] . ومنها خبر أبي بصير المتقدّم .

وعن سعد بن أبي عمرو الجلاب قال: قال أبو عبدالله عليه السلام :«أيّما امرأة باتت وزوجها عليها ساخط في حقّ لم تقبل لها صلاة حتّى يرضى عنها ، وأيّما امرأة تطيّبت لغير زوجها لم تقبل منها صلاة حتّى تغتسل من طيبها كغسلها من جنابتها[٣] » .

ولا يخفى أنّها مشتملة على الحقوق الواجبة وغير الواجبة فانّما في رواية محمّد بن مسلم من قوله عليه السلام على المحكيّ «أن تطيعه ولا تعصيه » يشمل إطلاقه الاطاعة و ترك العصيان في كلّ أمر ومن المعلوم عدم لزوم إطاعة الزّوج في غسل ثوبه وطبخ الخبز وغيره وسائر حوائجه وكذلك قوله عليه السلام على المحكيّ « ولا من كلّ مائة واحد »وكذا ما في خبر عمرو بن جبير من قوله عليه السلام على المحكيّ «وعليها أن تطيّب - الخ » مع أنّ السيرة على عدم التزام النساء المتديّنات بما ذكر و كذا ما في خبر أبي بصير من عدم المبيت و الزّوج ساخط ولو كان ظالماً .

ويشهد لعدم الحرمة ما في خبر سعد بن أبي عمرو من قوله عليه السلام على المحكيّ «باتت وزوجها عليها ساخط في حق»فلا يستفاد من خبر أبي بصير المذكور وجوب الاطاعة حتّى مع عدم قيام الزّوج بحقوقها كما ذكر آنفاً .

و أمّا الأخبار المتضمّنة لحقوق الزّوجة على الزّوج فمنها مارواه في الكافي في الموثّق عن إسحاق بن عمّار قال : «قلت لأبي عبدالله عليه السلام : ما حقّ المرأة على زوجها

---

(١) اى حقوقهم أكثر من أن تذكر .

(٢) المصدر ج ٥ ص ٥٠٨ .

(٣) الكافى ج ٥ ص ٥٠٧ والفقيه باب حق الزوج تحت رقم ٨ .

الذي إذا فعله كان محسناً ؟ قال : يشبعها ويكسوها وإن جهلت غفر لها [١] » .

ورواه في الفقيه عن إسحاق بن عمّار قال : « سأل إسحاق بن عمّار أباعبدالله عليه السلام عن حقّ المرأة على زوجها ، قال : يشبع بطنها ويكسو جسدها (جثّتها خل) وإن جهلت غفر لها [٢] » .

وماروا في الفقيه مرسلاً قال : «قال أبو عبدالله عليه السلام :كان امرأة عند أبي تؤذيه فكان يغفر لها [٣] » .

وروى في الكافي عن عمرو بن جبير العزرمي عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وآله فسألته عن حقّ الزّوج على المرأة فخبّرها ، ثمّ قالت: فما حقّها عليه ،قال: يكسوها من العرى ويطعمها من الجوع وإن أذنبت غفر لها ، فقالت : فليس لها عليه شيء غيرهذا ؟ قال : لا، قالت:لاوالله لاتزوّجت أبداً ، ثمّ ولّت فقال النبي صلى الله عليه وآله: ارجعي فرجعت فقال لها : إنّ الله عزّوجلّ يقول : «وأن يستعففن خير لهنّ» [٤] .

وماروا في الكافي عن روح بن عبدالرّحيم قال: «قلت لأبي عبدالله عليه السلام قوله عزّوجلّ : « ومن قدر عليه رزقه فلينفق ممّا آتاه الله » قال : إذا أنفق عليها مايقيم ظهرها مع كسوة وإلاّ فرّق بينهما [٥] » .

وماروا في النهاية عن عاصم بن حميد ، عن أبي بصير - في الصحيح - قال : «سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول : من كانت عنده امرأة فلم يكسها مايواري عورتها ويطعمها مايقيم صلبها كان حقّاً على الإمام أن يفرّق بينهما » .

ثمّ إنّ ظاهر المتن أنّه مع ظهور أمارة العصيان من المرأة يعظها الزّوج فإن لم ينجع هجرها وإن لم ينجع ضربها ضرباً غير مبرّح ، ويشكل أنّ الأصل في المقام

---

(١) المصدر ج ٥ ص ٥١٠ .

(٢) المصدر باب حق المرأة على الزوج تحت رقم ٢ .

(٣) المصدر الباب تحت رقم ٣ .

(٤) و (٥) الكافي ج ٥ ص ٥١١ و٥١٢ .

قوله تعالى «واللاتي تخافون نشوزهن ـ الخ» فإن كان المراد من الخوف التوقع فاللازم كفاية التوقع في الهجر والضرب لأن الواو لمطلق الجمع ، وإن كان المراد من الخوف العلم فاللازم عدم كفاية الامارة مع عدم تحقق النشوز بل اللازم تحققه بالفعل في الوعظ والهجر والضرب والمعنى الثاني للخوف محكي عن الفراء وظاهر جملة من الأصحاب ويؤيده هذا ما قيل من أن المراد من الخوف في قوله تعالى «فمن خاف من موص جنفاً أو إثماً» العلم وكذا في قوله تعالى :«وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً» بملاحظة ماورد من النصوص فيه ، وكذا في قوله تعالى « وإن خفتم شقاق بينهما» من جهة اتحاد المساق ، هذا مضافا إلى أن الهجر والضرب كيف يترتبان على توقع النشوز مع أنه لم يتحقق بعد لعدم استحقاقها بعد للعقوبة ، هذا مضافاً إلى أن قوله تعالى « فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً » في ذيل قوله «فعظوهن واهجروهن واضربوهن » يستفاد منه أنه مع الإطاعة لاسبيل على المرأة ومع عدم تحقق النشوز تكون مطيعة لعدم الواسطة بينهما ولا اشكال في أن الهجر وكذا الضرب سبيل عليها لولم يكن الوعظ سبيلاً .

ثم إن الامور الثلاثة أعني الوعظ والهجر و الضرب لاإشكال فيها بحسب المفهوم فحيث إن الهجر و الضرب بل الوعظ أيضاً توجب تأذي المرأة لابد من الاقتصار بأقل مراتبها ،أما الهجر فقد حكي عن غير واحد من الأصحاب توليتها ظهره في الفراش كما عن الفقه المنسوب إلى الرضا عليه السلام بل عن المبسوط نسبته إلى رواية أصحابنا وعن مجمع البيان إلى الباقر عليه السلام وعن المبسوط و السرائر هو أن يعتزل فراشها وعن المفيد التخيير ولعله أقوى لاندراجهما في الهجر عرفاً ، وفي الضرب يقتصر على أدنى مراتبه مع حصول الغرض به ، والظاهر لزوم أن يراعى الزوج الإصلاح لا التشفي والانتقام كما قيل في تأديب المؤدب حيث إنه يقتصر في الايذاء المحرم على النحو المرخص فيه فتأمل .

ولو كان النشوز من طرف الزوج بمنع حقوقه الواجبة عليه فلا إشكال في أن لها المطالبة بها والمعروف أن الزوجة ليس لها منع ماعليها من الحقوق .

ويمكن أن يقال: إن كان المدرك إطلاق الأدلة فربما يستشكل بعدم كونها في مقام

البيان بجميع الجهات مضافاً إلى الخبر المروي في الكافي عن سفيان بن عيينة إلّا أن يستشكل فيه من جهة السند . والمعروف أنّه إذا امتنع الزّوج من القيام بحقوقها ترفع أمرها إلى الحاكم فان ثبت عنده ما ادّعته ببيّنة أو اعتراف أو نحو ذلك قرّره بما يراه و أجرى عليها النفقة من ماله ولو ببيع عقاره عليه وإلّا نصب بينهما ثقة يستعلم صدق ما ادّعته ويكون الحاكم كما تقدّم ، ولو لم يكن يؤذيها ولا يمنعها شيئاً من حقوقها الواجبة إلّا أنّه يكرهها لكبر أو مرض أو غيرهما فلا يدعوها إلى فراشه ويهمّ بطلاقها فلها أن تسترضيه باسقاط بعض حقوقها من القسم أو النفقة أو نحوهما ويحلّ له ذلك وهذا هو الصلح الّذي أشارت إليه الآية بقوله تعالى « وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضا فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحاً » .

والاخبار الواردة في المقام منها مارواه في الصحيح أو الحسن عن الحلبيّ عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « سألته عن قول الله عزّوجلّ « وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً » فقال : هي المرأة تكون عند الرّجل فيكرهها فيقول لها : إنّي اُريد أن اُطلّقك فتقول له :لا تفعل إنّي أكره أن تشمت بي ولكن انظر في ليلتي فاصنع بها ما شئت وما كان سوى ذلك من شيء فهو لك ودعني على حالتي فهو قوله « فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما » فهذا هو الصلح [١] » .

وعن عليّ بن أبي حمزة قال « سألت أبا الحسن عليه السلام عن قول الله عزّوجلّ : « و إن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً » قال : إذا كان كذلك فهمّ بطلاقها قالت له : أمسكني وأدع لك بعض ما عليك و اُحلّلك من يومي وليلتي حلّ له ذلك ولا جناح عليهما [٢] » .

ومارواه في الفقيه عن المفضّل بن صالح عن زيد الشحّام عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «النشوز يكون من الرّجل والمرأة جميعاً فأمّا الّذي من الرّجل هو ما قال الله عزّوجلّ في كتابه « وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً فلا جناح عليهما أن يصلحاً والصلح خير »

---

(١) و (٢) الكافي ج ٦ ص ١٤٥ .

وهو أن تكون المرأة عند الرّجل لاتعجبه فيريد طلاقهافتقول له : أمسكني ولاتطلّقني و أدع لك ما على ظهرك وأحلّ لك يومي وليلتي فقدطاب له ذلك [١] » .

وفي خبر زرارة « سئل أبوجعفر عليه السلام عن النهاريّة ويشترط عليها عند عقدة النكاح أن يأتيها ماشاء نهاراً أومن كلّ جمعة أو من كلّ شهريوماً وإنّ النفقة كذا وكذا ، قال : فليس ذلك الشرط بشيء ، من تزوّج امرأة فلها ماللمرأة من القسمة و النفقة ولكنّه إن تزوّج امرأة فخافت منه نشوزاً أوخافت أن يتزوّج عليها فصالحت من حقّها على شيء من قسمتها أو بعضها (أوليلتهاخ ل) فا نّ ذلك جائز لا بأس به [٢] » .

و قد يقال : إنّ الأخبار المذكورة ظاهرة الاتّفاق في تخصيص صحّة الصلح وبراءة ذمّة الزّوج ممّا أسقطته عنه المرأة بمالو كرهها أو أراد التزويج عليها أو نحو ذلك ممّا لايتضمّن إخلالاً بواجب أو إرتكاب محرّم وبذلك يظهر ضعف قول من قال : إنّه لوأخلّ الزّوج بحقوقها الواجبة أوبعضها فتركت لهبعض الحقوق جاز ذلكو برئت ذمّته وإن كان آثما في نشوزها لأنّ الآية بمقتضى الرّوايات الّتي تفسّرها أكثرها صريح في تخصيص ذلك بكراهته لها و نحوذلك دون الإخلال بالحقوق الواجبة عليه لهاوما أطلق فقرائن ألفاظه ظاهرة في ذلك أيضاً .

ويمكن أن يقال : لاظهور في الأخبار المذكورة في الحصر ألاترى أنّه ذكر في بعضها إرادة الطلاق وفي بعضها إرادة التزوّج فإذاكانت حقوق المرأة حقوقاً قابلة للإبراء و النقل كما يشهد به بعض الأخبار الواردة في القسم فلاحظ خبر عليّ بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام المذكورهناك فلامانع من الصلح مع الزّوج بلاعوض ومع العوض ، ومع الصلح و براءة ذمّة الزّوج لاإخلال بالواجب .

و أمّا ماذكر قبل ذلك من المراجعة إلى الحاكم فمع اختلاف الزّوجة مع الزّوج في القيام بالحقوق الواجبة على الزّوج لا إشكال فيها حيث إنّ الترافع أمره راجع إلى الحاكم . و أمّا مع عدم الاختلاف و عدم قيام الزّوج بها فتعيّن الرّجوع إلى الحاكم

---

(١) المصدر باب النشوز تحت رقم ١ .

(٢) تفسير العياشي ج ١ ص ٢٧٨ .

إن كان من جهة الولاية العامّة يشكل عند من لا يسلّم الولاية العامّة ،وإن كان من جهة الحسبة فلا يبعد الرّجوع إلى عدول المؤمنين ولو مع التمكّن من المراجعة إلى الحاكم حيث لا يبعد الاستفادة من بعض الأخبار كما ذكر في محلّه .

﴿ و أمّا الشقاق وهو أن يكره كلٌّ منهما صاحبه ، فإذا خشي الاستمرار بعث كلٌّ منهما حكماً من أهله ، ولو امتنع الزّوجان بعثهما الحاكم ويجوز أن يكونا أجنبيّين وبعثهما تحكيم لا توكيل فيصلحان إن اتّفقا ولا يفرّقان إلّا مع إذن الزّوج في الطلاق و المرأة في البذل ، ولو اختلف الحكمان لم يمض لهما حكم ﴾ .

الشقاق هو أن يكره كلٌّ من الزّوجين صاحبه فيكون كلٌّ منهما في شقّ عن الآخر أي في ناحية والحكم في ذلك أن يبعث حكمان من أهله وأهلها للصلح أو التفريق .

والأصل في المقام قوله عزّ وجلّ «وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدا إصلاحاً يوفّق الله بينهما» . والأخبار .ومنها :

ما رواه في الكافي عن عليّ بن أبي حمزة قال : «سألت العبد الصالح عليه السلام عن قول الله عزّ وجلّ : « وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها » فقال : يشترط الحكمان إن شاءا فرّقا و«إن شاءا جمعا ففرّقا أوجمعا جاز [١] » .

وعن سماعة في الموثّق قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن قوله الله تعالى «فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها » أرأيت إن استأذن الحكمان فقالا للرّجل والمرأة : أليس قد جعلتما أمركما إلينا في الاصلاح والتفريق ؟ فقال الرّجل والمرأة : نعم وأشهدا بذلك شهوداً عليهما يجوز تفريقهما عليهما ؟ قال: نعم ولكن لا يكون إلّا على طهر من المرأة من غير جماع من الزّوج ، قيل له : أرأيت إن قال أحد الحكمين : قد فرّقت بينهما ، وقال الآخر :لم اُفرّق بينهما ؟فقال : لا يكون تفريق حتّى يجتمعا جميعاً على التفريق، وإذا اجتمعا على التفريق جاز تفريقهما [٢] » .

وعن محمّد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال : «سألته عن قول الله عزّ وجلّ «فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها » قال : ليس للحكمين أن يفرّقا حتّى يستأمرا [٣]».

---

(١) و (٢) و (٣) الكافي ج ٦ ص ١٤٦ و ١٤٧ .

ومارواه المشايخ الثلاثة - قدّس أسرارهم - عن الحلبيّ في الصحيح وفي آخر في الحسن عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «سألته عن قول الله عزّ وجلّ «فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها» قال: ليس للحكمين أن يفرّقا حتّى يستامرا الرّجل والمرأة ويشترطا عليهما إن شاءا جمعا وإن شاءا فرّقا، فإن جمعا فجائز وإن فرّقا فجائز[1]».

و ما في الكافي عن أبي بصير عن أبي عبدالله عليه السلام في قول الله عزّ وجلّ: «فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها» قال: الحكمان يشترطان إن شاءا فرّقا و إن شاءا جمعا، فإن جمعافجائز و إن فرّقا فجائز[2]».

ثمّ نقول: قد يحمل قوله تعالى «إن خفتم شقاق بينهما على خشية استمرار الزّوج والزّوجة على الكراهة والشقاق بالإضمار، وقد يحمل على العلم بأن يكون المراد من قوله: خفتم» وإن علمتم كما حمل خوف الجنف من الموصي على العلم والأوّل بعيد لأنّه لاشاهد «وإن له، والظاهر أنّ البعث مترتّب على الشقاق المحقّق لا مجرّد خشية الشقاق المجتمع مع عدم تحقّقه من جهة أنّ الحكمين مبعوثان للجمع أو التفريق ومع عدم تحقّق الشقاق واقعاً لا معنى للجمع.

ثمّ إنّه وقع الكلام في أنّ المخاطب بالبعث الحاكم أو عدول المؤمنين أو الزّوجين قد يقال: المخاطب بالبعث الحكّام المنصوبون لمثل ذلك و أنّه المروي عن الباقر والصادق عليهما السلام وفي المرسل عن تفسير على بن إبراهيم عن أمير المؤمنين عليه السلام «في رجل و امرأة في هذا الحال فبعث حكماً من أهله وحكماً من أهلها». ونحوه عن مجمع البيان وكون المخاطب الزّوجين مناف لاختلاف الضميرين بالغيبة والحضور والتثنية والجمع وليس المقام مقام الالتفات على أنّ المأمور بالبعث الخائف من شقاقهما وهو غيرهما والإنسان لا يبعث إلى نفسه ولا منافات بين كون الباعث الحاكم و بين اشتراطهما على الزّوجين ما يريدان اشتراطه.

---

(١) الكافي ج ٦ ص ١٤٦ والتهذيب ج ٢ ص ٢٧٨ والفقيه باب الشقاق تحت رقم٢.

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٤٦ .

ويمكن أن يقال إنّ الالتفات غير عزيز والجمع يمكن أن يكون بالنظر إلى عموم الزّوجين ، ويمكن أن يستظهر من موثّق سماعة المتقدّم وفيه « فقالا للرجل و المرأة أليس قدجعلتما أمركما إلينا ـ الخ» كون الحكمين منصوبين من قبل الزّوجين. ويمكن الجمع بجواز النصب من قبل الحاكم ومن قبل الزّوجين ولامانع من نصب طرفي الاختلاف والشقاق شخصين بعنوان الحكميّة لدفع اختلافهما ، ثمّ إنّه إذا استظهر أنّ المأمور بالبعث الزّوجان فلادليل على لزوم أو استحباب بعث الحاكم أنّه لواستظهر أنّ المأمور الحاكم فلادليل على لزوم أواستحباب بعث الزّوجين إلّا أن يثبت لزوم رفع الشقاق بالجمع أوالتفريق ، ويشكل من جهة احتمال كون الشقاق في المقام كسائر المخاصمات الواقعة بين الناس حيث إنّه لادليل على لزوم فصل الخصومة بدون المراجعة إلى الحاكم .

وأما جواز بعث الحكمين من غير أهلهما فلايستفاد من الأدلّة إن حمل الأدلّة على وجوب البعث أو الاستحباب و إن حملت على الإرشاد إلى رفع الاختلاف فلامانع منه كما في قوله : « واشهدوا إذاتبايعتم » وقد يستدلّ على الوجوب بمايدلّ على أنّ الامام عليه السلام يجبر المتخلّف عن حكم الحكمين بعد التحكّم على القبول ويعاقبه ويشكل لأنّه يمكن أن يكون من قبيل ترافع المتخاصمين حيث إنّه لا يجب مراجعتهما إلى الحاكم ومع الرّجوع إليه وحكمه يجبر المحكوم عليه بالقبول وفي العبادات يستحبّ الحجّ لمن أتى بالحجّ الواجب ومع إحرامه للحجّ المندوب يجب عليه الاتمام ويحرم عليه الإفساد .

وهل البعث تحكيم أو توكيل ؟ قديستظهر أنّه تحكيم لأنّه مقتضى تسميتهما حكمين في الكتاب والسنّة ومقتضى خطاب غير الزّوجين ببعثهما والوكيل مأذون ليس بحكم والمخاطب به الزّوجان لاغيرهما ولأنّهما إن رأيا الإصلاح فعلاه من غير استيذان ويلزم ما يشترطانه عليهما من السائغ ولوكان توكيلاً لم يقع إلّا مادلّ عليه لفظهما .

ويمكن أن يقال : إن كان المخاطب بالبعث الزّوجان كما يستظهر من موثّق سماعة فلا نرى ثمرة لهذا البحث لأنّه بعد ماجعل الزّوجين الأمر إلى الحكمين فكان مايفعلان من الاصلاح والتفريق من طرف الزّوجين ماشئت سمّ وإن كان المخاطب بالبعث

الحاكم فلا إشكال ظاهراً في أنّ التفريق لابدّ أن يكون بإذن الزّوج في غير الخلع وفي الخلع بإذن الزّوجين و في غير التفريق أيضاً مقتضى بعض الأخبار كصحيح الحلبيّ المذكور استيمار الزّوجين فلا أثر للبحث المذكور ومقتضى الأخبار المذكورة أنّه مع اختلاف الحكمين لم يمض لهما حكم .

﴿ **النظر الرابع في أحكام الاولاد** ولد الزّوجة الدّائمة يلحق به مع الدّخول ومضيّ ستّة أشهر من حين الوطي ووضعه لمدّة الحمل أو أقلّ وهي تسعة أشهر ، وقيل : عشرة أشهر ، وهو حسن ، وقيل : سنة وهو متروك ، فلو اعتزلها أو غاب عنها عشرة أشهر فولدت بعدها لم يلحق به ، ولو أنكر الدّخول فالقول قوله مع يمينه ، ولو اعترف به ثمّ أنكر الولد لم ينتف عنه إلّا باللّعان ، ولو اتّهمها بالفجور أو شاهد زناها لم يجز له نفيه ويلحق به الولد ولو نفاه لم ينتف إلّا باللّعان وكذا لو اختلفا في مدّة الولادة ﴾ .

إذا كان الولد ولد الزّوجة الموطوءة بالنكاح الدّائم يلحق بالزّوج بلاخلاف ولا إشكال بشرط مضيّ أقلّ الحمل وعدم التجاوز عن أقصى مدّته و إنّما الاشكال في موضعين أحدهما في تعميم الدّخول المعتبر في الالحاق بمجرّد غيبوبة الحشفة في القبل وإن لم ينزل بل بمجرّد الوطي بالدّبر ، وادّعى عدم الخلاف فيه .

وجه الاشكال أنّ اعتبار الدّخول لاوجه له إلّا كونه منشئاً لاحتمال كون الولد من ماء الزّوج و معه كيف يمكن الحكم بالالحاق بمجرّد الوطي في القبل مع العلم بعدم الانزال فضلاً عن الوطي في الدّبر غاية مايوجّه به هذا التعميم أنّ اعتبارهم الدّخول في الالحاق ليس لكونه منشئاً لاحتمال كون الولد من ماء الزّوج بل لعدم تحقّق الفراش الّذي دلّ الحديث على أنّ الولد له إلّا بالدّخول ولو لم ينزل ،والحاصل أنّه بعد تحقّق الفراش بمجرّد الوطي ولو في الدّبر لو احتمل كون الولد من ماء الزّوج يحكم بالحاقه به فقاعدة الفراش قاعدة مضروبة لمقام الشكّ في كون الولد للزّوج بعد تحقّق الفراش فلو علم بعدم الانزال لا بالوطي المحقّق للفراش ولا بغيره لايحكم بالالحاق بمجرّد تحقّق الفراش بمجرّد الوطي في القبل فضلاً عن الوطي في الدّبر . ويدلّ عليه مارواه في قرب الاسناد عن جعفر بن محمّد ، عن عليّ عليه السلام قال : «جاء رجل إلى رسول الله

عليه السلام فقال : كنت أعزل عن جارية لي فجاءت بولد ؟ فقال عليه السلام : الوكاء قد ينفلت فألحق به الولد [١] » فإنّه لو كان تحقّق الفراش بمجرّد الوطى كافياً في إلحاق الولد لم يكن وجه لتعليله عليه السلام بأنّ الوكاء قدينفلت .

ويمكن أن يقال : الفراش في الحديث المعروف « الولد للفراش وللعاهر الحجر » قيل فيه : أي لمالك الفراش و هو الزّوج أو المولى والمحكيّ عن المصباح المنير قوله « الولد للفراش » أي الزّوج فإنّ كلّ واحد من الزّوجين يسمّى فراشاً للآخر كما سمّي كلّ واحد لباساً للآخر انتهى . فعلى هذا لاحاجة في تحقّق الفراش إلى الدّخول ومن المعلوم أنّ إلحاق الولد إلى الزّوج حكم ظاهريّ فمع القطع بالخلاف كيف يحكم به فلابدّ من التقييد بصورة الاحتمال كما يستفاد من الخبر المذكور .

ثانيهما في تحديد أقصى مدّة الحمل فاختلف الأصحاب فيه فذهب المشهور إلى أنّه تسعة أشهر ، ومال الشيخ في المبسوط والمحقّق في الشرايع إلى أنّه عشرة أشهر وذهب جماعة إلى أنّه سنة ومنشأ الخلاف اختلاف الأخبار فممّا يدلّ على الأوّل مرسلة عبدالرّحمن ابن سيابة عمّن حدّثه عن أبي جعفر عليه السلام قال : « سألته عن غاية الحمل بالولد في بطن اُمّه كم هو فإنّ الناس يقولون : ربما بقي في بطنها سنتين ؟ فقال عليه السلام : كذبوا أقصى مدّة الحمل تسعة أشهر لايزيد لحظة ولو زاد ساعة تقتل اُمّه قبل أن يخرج [٢] » وهي صريحة في التسعة .

واستدلّ له أيضاً بما رواه في روضة الكافي عن أبان عن أبي عبدالله عليه السلام « قال : إنّ مريم عليها السلام حملت بعيسى على نبيّنا وآله وعليه السلام تسع ساعات كلّ ساعة شهر [٣] » .

و صحيح عبد الرّحمن بن الحجّاج قال : « سمعت أبا إبراهيم عليه السلام يقول : إذا طلّق الرّجل امرأته فادّعت حبلاً انتظر بها تسعة أشهر فإن ولدت و إلّا اعتدّت بثلاثة

---

(١) المصدر ص ٦٥ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٥٢ ، والتهذيب ج ٢ ص ٢٨١ و ٢٩٥ .

(٣) الروضة ص ٣٣٢ .

أشهر ، ثمّ قد بانت منه [١] » .

وخبر محمّد بن حكيم ، عن أبي الحسن عليه السلام قال : «قلت له : المرأة الشابّة تحيض مثلها يطلّقها زوجها فيرتفع طمثها كم عدّتها ؟ قال عليه السلام : ثلاثة أشهر ، قلت : فإنّها ادّعت الحبل بعد ثلاثة أشهر ؟ قال : عدّتها تسعة أشهر ، قلت : فإنّها ادّعت الحبل بعد تسعة أشهر ؟ قال : إنّما الحمل تسعة أشهر ، قلت : تتزوّج ؟ قال : تحتاط ثلاثة أشهر ، قلت : فإنّها ادّعت بعد ثلاثة أشهر ؟ قال : لا ريبة عليها تزوّجت إن شاءت [٢] .

وخبره الآخر عن أبي عبدالله عليه السلام أو أبي الحسن عليه السلام قال : « قلت : له رجل طلّق امرأته فلمّا مضت ثلاثة أشهر ادّعت حبلاً قال : ينتظر بها تسعة أشهر ، قال: قلت فإنّها ادّعت بعد ذلك حبلاً ؟ قال عليه السلام : هيهات هيهات إنّما يرتفع الطمث من ضربين إمّا حبل بيّن وإمّا فساد في الطمث ولكنّها تحتاط بثلاثة أشهر بعد [٣] » .

وخبره الآخر عن العبد الصالح عليه السلام قال : « قلت له : المرأة الشابّة الّتي تحيض مثلها يطلّقها زوجها فيرتفع طمثها ما عدّتها ؟ قال : ثلاثة أشهر ، قلت : فإنّها تزوّجت بعد ثلاثة أشهر فتبيّن بها بعد ما دخلت على زوجها أنّها حامل ؟ قال : هيهات من ذلك يا ابن حكيم رفع الطمث ضربان إمّا فساد من حيضة فقد حلّ لها الأزواج وليس بحامل وإمّا حامل فهو تستبين في ثلاثة أشهر لأنّ الله عزّ وجلّ قد جعله وقتاً يستبين فيه الحمل قال : قلت : فإنّها ارتابت ؟ قال : عدّتها تسعة أشهر ، قال : قلت : فإنّها ارتابت بعد تسعة أشهر ؟ قال: إنما الحمل تسعة أشهر قلت: فتتزوّج قال: تحتاط بثلاثة أشهر ، قلت : فإنّها ارتابت بعد ثلاثة أشهر ؟ قال : ليس عليها ريبة تتزوّج [٤] » .

ونوقش في دلالة الأخبار المذكورة أمّا ما رواه في روضة الكافي فلأنّه ليس في مقام بيان الحكم أصلاً . وأمّا صحيح ابن الحجّاج و روايات محمّد بن حكيم فلبداهة أنّ

---

(١) الكافي ج ٦ ص ١٠١

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٠١ .

(٣) و (٤) المصدر ج ٦ ص ١٠٢ .

المبدء لتسعة أشهر الّتي أمر في تلك الرّوايات باعتداد المسترابة بها هو يوم الطلاق ضرورة أنّ التسعة عدّة الطلاق فلا يمكن أن يكون مبدءه قبله ومن المعلوم أنّ الطلاق حيث يكون صحّة مشروطه بوقوعه في طهر لم يواقعها فيه فلامحالة يتأخّر عن الحمل بالحيضة الواقعة بين الطهر الّذي واقعها فيه فصارت حاملاً و بين طهر الّذي طلّقها فيه ولازم ذلك أن يزيد مدّة الحمل على تسعة أشهر بمقدار تلك الحيضة المتوسّطة بين الطهرين هذا امضافاً إلى أنّ أمره عليه السلام لها بالاحتياط ثلاثة أشهر بعد قوله الحمل تسعة أشهر و قول السائل : فإنّها ارتابت بعد التسعة ظاهر بل صريح في أنّ الاعتداد بثلاثة أشهر بعد التسعة إنّما هو لاحتمال الحمل لأنّه اعتداد تعبّديّ و إلّا لم يصحّ التعبير عنه بالاحتياط فالمتعيّن جعل هذه الرّوايات من أدلّة القول بالسنة ولاينافي حصره عليه السلام الحمل في تسعة بقوله : «إنّما الحمل تسعة أشهر» لإمكان حمله على الغالب .

ويمكن أن يقال : ليس في صحيح ابن الحجّاج الاعتداد تسعة أشهر حتّى يقال مبدئها يوم الطلاق بل فيه بعد ادّعاء المرأة الحمل انتظر بها تسعة أشهر والأظهر أن يكون مبدء تسعة أشهر مواقعة الزّوج فإنّ الطلاق يمكن أن يكون واقعاً بعد طهرها من الحيضة بلافصل أو مع الفصل بمدّة قصيرة أو الفصل بمدّة لا تزيد عن ثلاثة أشهر فإن كان النظر إلى زمان الطلاق يلزم أن لايكون لأقصى الحمل حدّ معيّن لاختلاف وقت الطلاق .

وأمّا خبر محمّد بن حكيم فما فيه من قوله عليه السلام على المحكيّ «عدّتها تسعة أشهر» فليس محمولاً على ظاهره لأنّ المطلّقة إن كانت ذات إقراء تكون عدّتها على المشهور ثلاثة أقراء و القرء بمعنى الطهر وإن كانت ذات أشهر لاترى الدّم فعدّتها ثلاثة أشهر و إن كانت حاملاً فمقتضى عدّتها بوضع الحمل ولو بعد ساعة فتسعة أشهر بالخصوص ليست عدّة ، نعم القائل بأنّ أقصى الحمل تسعة أشهر يقول بأنّ هذه المدّة مدّة الحمل وإلّا فالعدّة الّتي يكون مبدئها من حين الطلاق ليست تسعة أشهر .

وماذكر من الاستظهار من قوله عليه السلام على المحكيّ «تحتاط بثلاثة أشهر» لازمه أن يزيد أقصى الحمل عن السنة لأنّه إن كان تسعة أشهر من زمان وقوع الطلاق و ثلاثة

أشهر بعدها يزيد عليها مضيّ زمان يصحّ بعده الطلاق حتّى يكون الطلاق واقعاً في طهر لم يواقع فيه .

وممّا يدلّ على القول الثالث مارواه في الكافي والتهذيب عن محمّد بن حكيم عن أبي إبراهيم أو أبيه عليهما السلام أنّه قال له : «المطلّقة يطلّقها زوجها فيقول : أنا حبلى فتمكث سنة . فقال عليه السلام : إن جاءت به لأكثر من سنة لم تصدّق ولو ساعة واحدة في دعواها [1]» فإنّه يدلّ بمفهومه على أنّها تصدّق فيما إذا جاءت به إلى سنة .

ويمكن أن يقال : يشكل الاستدلال بهما لما يستظهر من الأخبار المتقدّمة أنّ مبدء تسعة أشهر زمان وقوع الطلاق لا زمان المواقعة المتقدّمة حيث إنّه على هذا يلزم في هذا الخبر أن يكون المبدء زمان وقوع الطلاق بعد المواقعة فيزيد على السنة ولا مجال للحمل على طلاق الحامل لعدم صدق الحمل بمجرّد المواقعة ،مضافاً إلى أنّه قد يستظهر من بعض الأدلّة لزوم استبانة الحمل .

وثانياً نقول : يشكل تصديق المرأة بادّعاء كون الولد من زوجه بمجرّد إمكانه من جهة ندرة طول الحمل سنة والشاهد على هذا أنّه يظهر من بعض الأخبار أنّه إذا ادّعت المرأة انقضاء عدّتها في مدّة أمكن انقضاء العدّة فيها نادراً عدم تصديقها بمجرّد الدّعوى بل يلزم تفتيش حالها .

فتلخّص ممّا ذكر أنّه مع حجّية خبر محمّد بن حكيم تقع المعارضة بين الأخبار السابقة وهذا الخبر ولا يبعد حمل الأخبار السابقة على الغلبة لبعد حملها على الحدّ الّذي لا يزيد عليه كسائر الحدود وكيف تحمل على عدم الزّيادة عن تسعة أشهر بيوم أو يومين أو نصف يوم وعلى هذا لا مانع من البلوغ إلى السنة نادراً . وأمّا البلوغ إلى عشرة أشهر فلم نعثر على خبر يدلّ عليه إلّا أنّ المحكيّ عن ابن حمزة - رحمة الله عليه - أكثر مدّة الحمل فيه روايات ثلاثة تسعة أشهر وعشرة وسنة . ثمّ إنّ ظاهر الكلمات لحوق الولد مع عدم انقضاء أقصى مدّة الحمل و عدم اللّحوق مع التجاوز و ربما يقع الإشكال

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٨٣ .

في صورة الندرة مع الإمكان لما ذكر آنفاً ولو أنكر الدّخول فالمعروف أنّ القول قول الزّوج للأصل وقد يقال : يشكل لحوق الولد من جهة أنّ التمسّك بإطلاق قوله ﷺ « الولد للفراش - إلى آخر » بعد تقييده بما دلّ على اعتبار الشروط الثلاثة في الإلحاق يكون تمسّكاً به مع الشكّ في المصداق ، ولكن يمكن أن يقال : باللّحوق مع الشكّ أيضاً و ذلك لإمكان أن يقال : إنّ النصوص المحدّدة لأقلّ مدّة الحمل وأقصاها لما كانت في مقام ضرب القاعدة لما إذا شكّ في الإلحاق من جهة احتمال الفجور ولم تكن متكفّلة لحكم ما إذا كان الشكّ في الالحاق من جهة الشكّ في انقضاء أقلّ مدّة الحمل أو أقصاها لعدم إمكان تعرّض الحكم لحال موضوعه أسّس ﷺ بقوله «الولد للفراش» قاعدة اُخرى في طول القاعدة المستفادة من النصوص المحدّدة لمدّة الحمل قلةً وكثرةً فلا يمكن أن تكون تلك النصوص مقيّدة لاطلاق الولد للفراش كي لا يصحّ التمسّك بإطلاقه عند الشكّ في انقضاء أقلّ مدّة الحمل أو أقصاها ويؤيّد ذلك أنّه لو كانت تلك النصوص في مقام تقييد اطلاق «الولد للفراش» ولم تكن قاعدة مستقلّة للزم لغويّة قاعدة « الولد للفراش » أو كونها قليل المورد ضرورة أنّ مع تحقّق الشروط الثلاثة يكفي تلك النصوص للحكم بالإلحاق ولا تحتاج معه إلى التمسّك بقاعدة الفراش كما لا يصحّ التمسّك بتلك النصوص إلّا فيما كان هناك أصل موضوعيّ كما إذا كان الشكّ في انقضاء أقصى مدّة الحمل فإنّ استصحاب عدم انقضاء مدّته يحرز الشرط فيحكم باللّحوق بمقتضى قاعدة الفراش وهذا بخلاف ما إذا كان الشكّ في الدّخول أو في انقضاء أقلّ مدّة الحمل ، فإنّ مقتضى استصحاب عدم الدّخول وعدم الانقضاء هو عدم تحقّق الشرط ومعه لا مجال للحكم باللّحوق بمقتضى قاعدة الفراش بعد تقييد إطلاقها بما دلّ على اعتبار الشروط الثلاثة في الالحاق كما هو واضح .

ويمكن أن يقال الأخبار المذكورة متعرّضة لصورة الشكّ في الحمل و القاعدة متعرّضة للشكّ في أنّ الولد للزّوج فسواء قلنا بأنّ قاعدة الفراش مقيّد بالدّخول أو لم نقل لا يلزم اللّغوية لكن لا دليل على التقييد حيث تكون القاعدة متعرّضة للحكم الظاهريّ بقرينة قوله ﷺ «وللعاهر الحجر» والتعرّض للحكم الظاهريّ لا يقيّد بالقيود الرّاجعة

إلى الحكم الواقعي بل ليس التقييد بالدخول قيداً بل من جهة عدم تكون الولد عادة بدون الدخول أو ما يقوم مقامه من جذب الرحم الماء ، نعم لو أخذ الدخول في مفهوم الفراش حيث يفترش الزوج زوجته فلابد من إحراز الدخول و هذا ليس من التقييد حتى يكون الأخذ بالقاعدة مع الشك من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية وقد سبق كلام بعض اللغويين فبعضهم قال : معنى « الولد للفراش » الولد لمالك الفراش من الزوج أو المولى ، وبعضهم قال « كل من الزوج والزوجة فراش للآخر كما أن كلاً منهما لباس للآخر» فعلى هذا يكون القول قول الزوجة في لحوق الولد سواء كان مصب الدعوى كون الولد للزوج أو كان مصبها الدخول وليس المقام من قبيل دعوى ذي اليد ملكية شيء يكون في يده حيث يفصل بين صورة عدم ذكر منشأ الملكية فالقول قوله و بين ذكر المنشأ كأن يقول لطرفه اشتريت منك فالقول قول الطرف وينقلب ذو اليد مدعياً لأن الظاهر أن ذا اليد حينئذ تسقط يده عن الاعتبار فتأمل .

وجه التأمل أن لازم سقوط اليد عن الاعتبار عدم جواز اشتراء ما في يده بمجرد ذكره منشأ يده لسقوط يده عن الاعتبار والظاهر أن بناء العقلاء على خلافه بل تكون يده أمارة الملكية وليس حاله حال غير ذي اليد ، وفي مقامنا لا يسقط قاعدة الفراش عن الاعتبار بدعوى الزوجة الدخول لاعتبار القاعدة معها .

ولو اعترف الزوج بالدخول ثم أنكر الولد لم ينتف عنه الولد إلا باللعان لعموم قاعدة « الولد للفراش و للعاهر الحجر » ولو اتهمها بالفجور أو شاهد زناها لم يجز له نفيه ويلحق به الولد للقاعدة المذكورة . ولو نفاه لم ينتف عنه إلا باللعان كما سيأتي في محله إن شاء الله تعالى .

ولو اختلفا في مدة الولادة بعد الاتفاق بالدخول فمقتضى القاعدة المذكورة لحوق الولد فالقول قول من يوافق قوله هذه القاعدة لتقدم القاعدة على الأصل في طرف أقل مدة الحمل أو أقصاها .

﴿ ولو زنى بامرأة فأحبلها لم يجز إلحاقه به ، و إن تزوج بها وكذا لو أحبل أمة غيره بزنى ثم ملكها ولو طلق زوجته فاعتدت وتزوجت غيره وأتت بولد لدون ستة

أشهر فهو للأوّل ولو كان لستّة فصاعداً فهو للأخير ، ولو لم تتزوّج فهو للأوّل ما لم يتجاوز أقصى الحمل وكذا الحكم في الأمة لو باعها بعد الوطي ﴾ .

أمّا صورة الزّنا بامرأة و إحبالها بالزّنى فلا يجوز فيها إلحاق الولد لقوله ﷺ على المحكيّ : « وللعاهر الحجر » وتجدّد الفراش لا يوجب إلحاقه به كما هو واضح وكذا الكلام في صورة إحبال الأمة بالزّنى والتملّك بعده ولو طلّق زوجته فاعتدّت و تزوّجت غيره وأتت بولد دون ستّة أشهر فهو للأوّل ولو كان لستّة فصاعداً فهو للأخير ويدلّ عليه خبر زرارة « سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرّجل إذا طلّق امرأته ، ثمّ نكحت وقد اعتدّت ووضعت لخمسة أشهر فهو للأوّل وإن كان ولد أنقص من ستّة أشهر فلأمّه ولأبيه الأوّل و إن ولدت لستّة أشهر فهو للأخير [1] » .

ومرسل جميل عن أحدهما عليهما السلام « في المرأة تزوّج في عدّتها قال : يفرق بينهما وتعتدّ عدّة واحدة منهما جميعاً وإن جاءت بولد لستّة أشهر أو أكثر فهو للأخير و إن جاءت بولد لأقلّ من ستّة أشهر فهو للأوّل [2] » .

وفي خبر أبي العبّاس قال : « إذا جاءت بولد لستّة أشهر فهو للأخير وإن كان أقلّ من ستّة أشهر فهو للأوّل [3] » .

وفي صحيح الحلبيّ عن أبي عبدالله عليه السلام « إن كان للرّجل منكم الجارية يطأها فيعتقها فاعتدّت ونكحت ، فإن وضعت لخمسة أشهر كان من مولاها الّذي أعتقها وإن وضعت بعدما تزوّجت لستّة أشهر فإنّه لزوجه الأخير [4] » .

ومن هذا الصحيح ظهر حكم الولد الّذي جاءت به الأمة بعد الاعتداد والنكاح.

ولو باع الأمة بعد الوطي فأتت بولد فإن كان الولد لأقلّ من ستّة أشهر عند المشتري تبيّن أنّه من البايع ويكون البيع باطلاً لظهور كونها أمّ ولد ولم تخرج عن فراش المولى البايع ومقتضى قاعدة « الولد للفراش » كون الولد له وأمّا لو ولدت لأكثر من سنة فهو للمشتري والبيع صحيح .

---

(١) (٢) (٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٩٣ و ٢٩٢ .

(٤) الكافي ج ٥ ٤٩١ والتهذيب ج ٢ ص ٢٩٢ .

ويقع الإشكال في صورة إمكان كون الولد من كلٍّ من البايع والمشتري حيث أمكن أن يكون متولّداً من البايع فيكون بيع الأمة باطلاً لكونها أمّ ولد، و أمكن أن يكون متولّداً من المشتري والأخبار المذكورة غير شاملة لصورة البيع إلّا خبر أبي العبّاس لكنّه لم يظهر منه مرجع الضمير هو الحرّة أو الأمة .

﴿ وولد الموطوءة بالملك يلحق بالمولى و يلزمه الإقرار به، لكن لو نفاه انتفى ظاهراً ولا يثبت بينهما لعان، ولو اعترف به بعد النفي اُلحق به، وفي حكمه ولد المتعة، وكلُّ من أقرَّ بولد ثمَّ نفاه لم يقبل نفيه، ولو وطئها المولى وأجنبيٌّ حكم به للمولى فإن حصل له أمارة يغلب معها الظنُّ أنّه ليس منه لم يجز له إلحاقه ولا نفيه بل يستحبُّ أن يوصي له بشيء ولا يورثه ميراث الأولاد ﴾ .

أمّا لحوق الولد بالمولى مع الوطي فالظاهر عدم الخلاف فيه ويدلُّ عليه صحيح سعيد بن يسار قال: « سأل الكاظم عليه السلام عن الجارية تكون للرَّجل يطيف بها وهي تخرج فتعلق؟ قال: يتّهمه الرَّجل أو يتّهمها أهله، قلت: أمّا تهمة ظاهرةً فلا، قال: إذاً لزمه الولد [1] » وسأل الصادق عليه السلام في حديث آخر « عن رجل وقع على جارية له تذهب و تجيء وقد عزل عنها ولم يكن منها إليها شيء فما تقول في الولد؟ قال: أن لا يباع هذا ياسعيد، قال: و سألت أبا الحسن عليه السلام قال: أيتّهمها؟ قلت: أمّا تهمة ظاهرة فلا، قال: فيتّهمها أهلك؟ فقلت: أمّا شيء ظاهر فلا، فقال: فكيف تستطيع أن لا يلزمك الولد [2] » .

ولا يخفى أنّه مع الاتّهام لايستفاد ممّا ذكر اللّحوق ولزوم الولد به، فقاعدة الفراش يشكل التمسّك بها مع احتمال أن يكون المراد من الفراش الزّوج .

وربما يستفاد ممّا ذكر عدم لزوم لحوق الولد مع التّهمة الظاهرة بالنسبة إلى الأمة لكنّه لايستفاد جواز النفي والانتفاء ظاهراً بنفي المولى بقول مطلق ولادليل عليه ظاهراً إلّا الإجماع المذكور في كلمات الأعلام .

(١) و (٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٩٧ . والكافي ج ٥ ص ٤٨٩ .

وأمّا عدم اللّعان فلاختصاص اللّعان بالزّوجين ولو اعترف بالولد بعد النفي اُلحق به لعموم « إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» لكنّه مع النفي السابق يشكل ترتّب بعض الآثار مثل أن يرث من الولد المنفي حيث إنّه اعترف بأنّه ليس ولده فكيف يرث منه نعم بمقتضى اعترافه بعد النفي يرث الولد منه ولا مانع من التفكيك بين الآثار .

وفي حكم ولد الأمة وولد المتعة فلا إشكال في اللّحوق ولزوم الاعتراف مع الدّخول وعدم العلم بانتفائه عنه و كذا لا إشكال في أنّه إذا اعترف به لا يجوز له النفي ويدلّ على اللّحوق ولزوم الاعتراف به قاعدة «الولد للفراش» وعدم الانتفاء مع الاقرار قاعدة «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز » و أمّا انتفاء الولد مع النفي فادّعي عليه الإجماع وقد يستشكل في تحقّق الإجماع لدعوى الشهرة في موضع من الرّوضة وذكر خلاف المرتضى - قدّس سرّه - .

ويمكن التمسّك لعدم الانتفاء بالنفي بصحيحة محمّد بن مسلم عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث في المتعة قال : «قلت : أرأيت إن حملت قال : هو ولده[1] » فانّ ظاهره لحوق الولد سواء نفى أو لم ينف .

وفي صحيحة محمّد بن إسماعيل بن بزيع قال : «سأل رجل الرّضا عليه السلام عن الرّجل يتزوّج المرأة متعةً ويشترط عليها أن لا يطلب ولدها وتأتي بعد ذلك بولد فينكر الولد فشدّد في ذلك فقال : يجحد وكيف يجحد إعظاماً لقولك قال: فإن اتّهمها قال : لا ينبغي لك أن تتزوّج إلّا مأمونة[2] » .

وكلّ من أقرّ بولد فليس له نفيه لعموم « إقرار العقلاء على أنفسهم جائز » وتدلّ عليه الأخبار منها مارواه الشيخ في الصحيح عن الحلبيّ، عن أبي عبدالله عليه السلام أنّه قال: أيّما رجل أقرّ بولد ثمّ انتفى منه فليس له ذلك ولا كرامة ، يلحق به ولده من امرأته أو وليدته[3] » .

---

(١) التهذيب ج ٢ ص ١٩١ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ١٩١ .

(٣) الكافي ج ٧ ص ١٦٣ و التهذيب ج ٢ ص ١٩١ والاستبصار ج ٤ ص ١٨٥ .

وما رواه في الكافي عن سعد بن سعد في الصحيح قال : « سألت - يعني أبا الحسن الرّضا عليه السلام - عن رجل كان له ابن يدّعيه فنفاه وأخرجه من الميراث وأنا وصيّه فكيف أصنع؟ فقال : لزمه الولد بإقراره بالمشهد ، لايدفعه الوصي عن شيء قدعلمه (١) » .

وإن وطأ الأمة المولى وأجنبيّ حكم بالولد للمولى ويدلّ عليه خبر سعيد الاعرج « سئل الصادق عليه السلام عن رجلين وقعا على جارية في طهر واحد لمن يكون الولد ؟ قال : للّذي عنده الجارية لقول رسول الله صلى الله عليه وآله : الولد للفراش وللعاهر الحجر (٢) » .

ويستفاد من هذا الخبر عدم الاختصاص بالزّوج بل يشمل المولى .

ولو حصل أمارة يغلب معها الظنّ بأنّ الولد ليس له فالمنسوب إلى المشهور أنّه ليس له إلحاقه به ولانفيه بل ينبغي له أن يوصي له بشيء وذكر في المقام نصوص .

منها خبر ابن عجلان « أنّ رجلاً من الأنصار أتى أباجعفر عليه السلام فقال : قدابتليت بأمر عظيم إنّي قدوقعت على جاريتي ثمّ خرجت في بعض حوائجي فانصرفت إلى الطريق فأصبت غلامي بين رجلي الجاريّة فاعتزلتها فحملت ، ثمّ وضعت جارية لعدّة تسعة الأشهر فقال له أبو جعفر عليه السلام : إحبس الجارية فلاتبعها وأنفق عليها حتّى تموت أو يجعل الله لها مخرجاً ، فان حدث بك حدث فأوص أن ينفق عليها من مالك حتّى يجعل الله لها مخرجاً (٣) » .

ونحوه خبر عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام « أنّ رجلا من الأنصار أتى أبي - الحديث (٤) » .

لكن فيه مضافاً إلى ذلك « فقال له أبي:لاينبغي لك أن تقربها ولا أن تبيعها» .

وخبر حريز عن أبي عبدالله عليه السلام « في رجل كان يطأجارية له وأنّه كان يبعثها

---

(١) المصدر ج ٥ ص ٢٨٨ و ج ٧ ص ٦٤ . الاستبصار ج ٤ ص ١٣٩ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٩١ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٩٧ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٤٨٩ و ج ٧ ص ١٦٥ . و الفقيه باب ميراث الولد المشكوك فيه.

في حوائجه وأنّها حملت وأنّه بلغه عنها فساد ؟ فقال أبو عبدالله عليه السلام : إذا ولدت أمسك الولد ولا تبعه ، ولا تجعل له نصيباً من دارك ، قال : فقيل له : رجل يطأ جاريته وأنّه لم يكن يبعثها في حوائجه وأنّه اتّهمها وحبلت ؟ فقال : إذا هي ولدت أمسك الولد ولا يبيعه ويجعل له نصيبا من داره وماله وليس هذه مثل تلك [1] » .

وخبر عبدالحميد بن إسماعيل الّذي رواه المشايخ الثلاثة قال : «سألت أباعبدالله عليه السلام عن رجل كانت له جارية يطأها وهي تخرج فحبلت فخشي أن لاتكون منه كيف يصنع أيبيع الجارية والولد ؟ قال : يبيع الجارية ولا يبيع الولد ولا يورثه من ميراثه شيئاً [2] »

وخبر محمّد بن إسماعيل الخطّاب «كتب إليه يسأله عن ابن عمّ له كانت له جارية تخدمه وكان يطأها فدخل يوماً منزله فأصاب معها رجلاً تحدّثه فاستراب بها فهدّد الجارية فأقرّت أنّ الرّجل فجربها ، ثمّ إنّها حبلت فأتت بولد ؟ فكتب : إن كان الولد لك أو منه مشابهة فيك (منك خ ل) فلا تبعهما فانّ ذلك لايحلّ لك ، و إن كان الابن ليس منك ولا فيه مشابهة منك فبعه وبع اُمّه [3] » .

وخبر يعقوب بن يزيد «كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام : في هذا العصر رجل وقع على جارية ، ثمّ شكّ في ولده ؟ فكتب إن كان فيه مشابهة منه فهو ولده » [4] .

ولا يخفى الاشكال في الأخذ بها مع المخالفة لقاعدة «الولد للفراش وللعاهر الحجر» ولا يظهر من هذه الأخبار اعتبار أمارة يغلب معها الظنّ بأنّ الولد ليس له ، ويستفاد من بعض الأخبار أنّه قد يخرج الولد على غاية البعد عن الأب في اللّون و نحوه مثل مارواه في الكافي ، عن عبدالله بن سنان ، عن أبي جعفر عليهما السلام قال : «أتى رجلٌ من الأنصار رسول الله صلّى الله عليه وآله فقال : هذه ابنة عمّي وامرأتي لا أعلم إلّا خيراً وقد أتتني بولد شديد السواد منتشر المنخرين جعد قطط أفطس الأنف لاأعرف شبهه في أخوالي ولا في أجدادي

---

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٨٩ و ج ٧ ص ١٦٥ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٨٩ و التهذيب ج٢ ص ٢٩٧ والفقيه باب ميراث الولد المشكوك .

(٣) و (٤) التهذيب ج ٢ ص ٢٩٧ .

فقال لامرأته : ماتقولين ؟ قال: والّذي بعثك بالحقّ نبيّاً ماأقعدت مقعده منّي منذ ملكني أحد غيره ، قال: فنكس رسول الله صلّى الله عليه وآله رأسه مليّاً ثمّ رفع بصره إلى السماء ثمّ أقبل على الرّجل فقال : ياهذا إنّه ليس من أحد إلّا بينه وبين آدم تسعة و تسعون عرقاً كلّها تضرب في النسب فاذا وقعت النطفة في الرّحم اضطربت تلك العروق تسأل الله الشبه لها فهذا من تلك العروق الّتي لم يدركها أجدادك ولا أجداد أجدادك ، خذ إليك ابنك ، فقالت المرأة : فرّجت عنّي يارسول الله [3] » .

ومارواه في الكافي عن ابن مسكان، عن بعض أصحابنا ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال :« إنّ رجلاً أتى بامرأة إلى عمر فقال : إنّ امرأتي هذه سوداء وأنا أسود ، وإنّها ولدت غلاماً أبيض ، فقال لمن بحضرته : ماترون ؟ فقالوا : نرى أن ترجمها فانّها سوداء و زوجها أسود وولدها أبيض ،قال : فجاء أمير المؤمنين عليه السلام وقد وجّه بها للترجم فقال : ماحالكما فحدّثاه فقال للأسود: أتتّهم امرأتك ؟ فقال:لا ، قال : فأتيتها وهي طامث ؟ قال : قد قالت لي في ليلة من اللّيالي إنّي طامث فظننت أنّها تتّقى البرد ، فوقعت عليها فقال للمرأة : هل أتاك وأنت طامث ؟ قالت : نعم سله قد حرّجت عليه و أبيت ، قال : فانطلقا فانّه ابنكما وإنّما غلب الدّم النطفة فابيضّ ولو قد تحرّك اسودّ فلمّا أيفع اسودّ [4] » .

وروى الصدوق في الفقيه مرسلاً قال : قال النبيّ صلّى الله عليه وآله : «من نعم الله على الرّجل أن يشبهه ولده . قال الصادق عليه السلام : إنّ الله إذا أراد أن يخلق خلقاً جمع كلّ صورة بينه وبين آدم ، ثمّ خلقه على صورة إحداهنّ فلايقولنّ أحدكم لولده هذا لايشبهني ولايشبه شيئاً من آبائي [5] » .

﴿ ولو وطئها البايع والمشتري فالولد للمشتري إلّا أن يقصر الزّمان عن ستّة أشهر ، ولو وطئها المشتركون فولدت وتداعوه أقرع بينهم واُلحق بمن يخرج اسمه ويغرم حصص الباقين من قيمته وقيمة اُمّه ، ولايجوز نفي الولد لمكان العزل ولامع التهمه بالزّنا

---

(۱) المصدر ج ۵ ص ۵۶۱ .

(۲) المصدر ج ۵ ص ۵۶۶ .

(۳) الفقيه باب فضل الاولاد تحت رقم ۲۲و۲۳ .

والموطوءة بالشبهة يلحق ولدها بالواطي ، ولو تزوّج امرأة لظنّه خلوّها من بعل فبانت محصنة ردّت على الأوّل بعد الاعتداد من الثاني وكانت الأولاد للواطي مع الشرائط».

امّا لحوق الولد بالمشتري مع وطي البايع والمشتري فيدلّ عليه مارواه المشايخ الثلاثة - رحمهم الله تعالى - عن الصيقل ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «سمعته يقول وسئل عن رجل اشترى جارية ثمّ وقع عليها قبل أن يستبرء رحمها قال : بئس ماصنع يستغفر الله ولا يعود ، قلت : فإنّه باعها من آخر ولم يستبرء رحمها ، ثمّ باعها الثاني من رجل آخر فوقع عليها ولم يستبرء رحمها فاستبان حملها عند الثالث ؟ فقال أبو عبدالله عليه السلام : «الولد للفراش وللعاهر الحجر [1] » .

رواه الشيخ في التهذيب بسند آخر عن الصيقل قال : «سئل أبو عبدالله عليه السلام وذكر مثله إلّا أنّه قال : قال أبو عبدالله عليه السلام : الولد للّذي عنده الجارية وليصبر لقول رسول الله صلى الله عليه وآله : الولد للفراش وللعاهر الحجر [2] » .

والمستفاد من الخبرين صدق الفراش في المقام ولابدّ من التقييد بعدم قصور الزّمان عن ستّة أشهر ولو وطئه المشتركون فيها ولا ريب في أنّهم فعلوا محرّماً لعدم جواز الوطي لأحد من الشركاء بدون إذن ساير الشركاء إلّا أنّ الولد لاحق بهم بمعنى أنّه يختصّ بأحدهم فالواجب القرعة في تعيين الأب ويدلّ عليه ماروه في الكافي والتهذيب في الصحيح عن الحلبيّ عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «إذا وقع الحرّ والعبد و المشرك بامرأة في طهر واحد فادّعوا الولد أقرع بينهم فكان الولد للّذي يخرج سهمه [3] » .

وما رواه في الكافي والفقيه عن العاصم بن حميد عن أبي بصير في الصحيح أو الحسن عن أبي جعفر عليه السلام قال : « بعث رسول الله صلى الله عليه وآله عليّاً عليه السلام إلى اليمن فقال له حين قدم : حدّثني بأعجب ماورد عليك؟ قال : يارسول الله أتاني قوم قد تبايعوا جارية فوطئوها

---

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٩١ والتهذيب ج ٢ ص ٢٩٤ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٩٤ والاستبصار ج ٣ ص ٣٦٨ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٩٠ والتهذيب ج ٢ ص ٧٤ .

جميعاً في طهر واحد فولدت غلاماً فاختلفوا فيه كلّهم يدّعيه فأسهمت بينهم وجعلته للّذي خرج سهمه وضمنته نصيبهم ، فقال النبي صلى الله عليه وآله : إنّه ليس من قوم تنازعوا ثمّ فوّضوا أمرهم إلى الله تعالى إلّا خرج سهم المحقّ [1] » .

ورواه الشيخ عن عاصم بن حميد عن أبي جعفر عليه السلام مثله [2] » .

ومارواه في التهذيب عن معاوية بن عمّار في الصحيح و الصدوق عنه في الضعيف عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « إذا وطىء رجلان أو ثلاثة جارية في طهر واحد فولدت فادّعوه جميعاً أقرع الوالي بينهم لمن قرع كان الولد ولده ويردّ قيمة الولد على صاحب الجارية ـ الحديث [3] » .

واستشكل في المقام بأنّه مع ادّعاء كلّ من الشركاء أنّ الولد له كيف يأخذ الغرامة ممّن خرج القرعة باسمه حيث إنّه يعترف بأنّه لا يستحقّ شيئاً من باقي الشركاء والولد له وكذا بالنسبة إلى الاُمّ حيث إنّ الاُمّ يصير أمّ ولده ، ولا يجوز بيعها فلابدّ من الضمان لباقي الشركاء .

ويمكن أن يقال : لانسلّم جواز الإقرار حتّى مع ثبوت خلاف المقرّ به كمالو قطع تفصيلاً بأنّ الإقرار على خلاف الواقع وإن كان المسلّم بينهم نفوذه مع العلم الإجمالي بالمخالفة للواقع كما لو أقرّ لزيد بعين ثمّ أقرّ بها لعمرو حيث يحكمون بردّ العين إلى زيد وردّ المثل أو القيمة إلى عمرو وفيه بحث ليس ههنا محلّه ففي المقام إذا ثبت بالقرعة أنّ دعوى غير من خرج القرعة باسمه باطلة بحكم الشرع كيف يؤخذ المقرّ باقراره ؟ هذا لو بنينا على حفظ القواعد و إلّا فلامانع من تخصيصها بالدّليل مع ورود النصّ ثمّ إنّ ظاهر الكلمات أنّه مع خروج القرعة باسم أحد الشركاء يحكم بأنّ الولد له وتكون الاُمة أمّ ولده ومع تعرّض الأخبار لخصوص الولد دون الاُمّ يشكل ماذكر لأنّه مبنيّ على

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٩١ والفقيه باب الحكم بالقرعة تحت رقم ١١ .

(٢) المصدر ج ٢ ص ٧٤ .

(٣) التهذيب ج ٢ ب ٢٩٤ .

كون القرعة أمارة حتّى يثبت اللّوازم وإن كانت بمنزلة الأصل لايثبت به اللّوازم .

وأمّا عدم جواز نفي الولد لمكان العزل فادُّعي عليه الإجماع وقد سبق الكلام فيه وأنّه مع احتمال كون الولد من مائه وكذا لايجوز نفي الولد مع التّهمة بالزّنا لما سبق . وأمّا لحوق ولد الموطوءة بالشبهة بالواطي كما في النكاح الصحيح فيدلُّ عليه جملة من الاخبار .

منها صحيحة جميل بن درّاج في المرأة تزوّج في عدّتها قال: يفرّق بينهما وتعتدّ عدّة واحدة منهما فان جاءت بولد لستّة أشهر أو أكثر فهو للأخير وإن جاءت بولد في أقلّ من ستّة أشهر فهو للاوّل[1]، هكذا في الفقيه ورواه الكليني والشيخ في الضعيف عن جميل عن بعض أصحابه عن أحدهما عليهما السلام في المرأة - الخ » .

ومارواه في الكافي عن زرارة في الموثّق قال : «سألت أباجعفر عليه السلام - إلى أن قال - قلت : فإن تزوّج امرأة ثمّ تزوّج أمّها وهو لايعلم أنّها امّها ؟ قال : قد وضع الله تعالى عنه بجهالة لذلك ، ثمّ قال : إذا علم أنّها امّها فلا يقربها ولا يقرب البنت حتّى تنقضي عدّة الأمّ منه ، فإذا انقضت عدّة الامّ حلّ له نكاح البنت ، قلت : فان جاءت الأمّ بولد ؟ قال : هو ولده وأخ أمرته[2] » .

ولو تزوّج امرأة لظنّه خلوّها عن بعل فبانت محصنة ردّت على الأوّل بعد الاعتداد من الثاني أمّا الرّدّ على الأوّل فلعدم خروجها عن الزّوجيّة للأوّل وفي الخبر «إذا نعى الرّجل إلى أهله أو خبّروها أنّه طلّقها فاعتدّت ثمّ تزوّجت فجاء زوجها الاوّل بعد فإنّ الأوّل أحقّ بها من هذا الآخر، دخل بها الأوّل أو لم يدخل وليس للآخر أن يتزوّجها أبداً، ولها المهر من الاخير بما استحلّ من فرجها[3] » .

وأمّا الاعتداد فلاحترام ماء الثاني حيث إنّه ليس بزان ويدلُّ عليه موثّق زرارة عن أبي جعفر عليه السلام «في امرأة فقدت زوجها أو نعى إليها فتزوّجت ثمّ قدم زوجها بعد ذلك

---

(١) الفقيه باب النوادر من كتاب النكاح تحت رقم ٢٤ والتهذيب ج ٢ ص ٢٠٢ .

(٢) المصدر ج ٥ ص ٤٣١ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٥٠ . الاستبصار ج ٣ ص ١٩٠ . الكافي ج ٦ ص ١٥٠ .

فطلّقها ؟ قال : تعتدُّ منهما جميعاً ثلاثة أشهر عدّة واحدة ، وليس للآخر أن يتزوّجها أبداً»[٢].

وكانت الأولاد للواطي مع الشرائط من الولادة بعد مضيّ أقلّ المدّة إلى الأقصى بعدم التجاوز عنها .

﴿ويلحق بذلك أحكام الولادة وسننها استبداد النساء بالمرأة وجوباً إلّا مع عدمهنّ ولا بأس بالزّوج وإن وجدن. ويستحبُّ غسل المولود والأذان في أذنه اليمنى و الإقامة في اليسرى ، وتحنيكه بتربة الحسين عليه السلام وبماء الفرات ، ومع عدمه بماء فرات ولو لم يوجد إلّا ماء ملح خلط بالعسل أو التمر﴾ .

أمّا حضور من علم بحال المرأة عند الولادة فقيل بوجوبه من جهة خوف التلف لولا الحضور . ووجوب استبداد النساء قيل : إنّه من جهة ملازمة اطلاّع الرّجال حتّى المحارم لما يحرم عليهم من النظر إلى العورة وغيرها ومسّها وسماع الصوت وربّما يرشد إلى ذلك ما دلّ من نصّ و فتوى على قبول شهادة النساء منفردات بالولادة والاستهلال و نحوهما ، نعم مع فرض عدم من يقوم بحاجتها من النساء يجب على الرّجال وينبغي تقديم المحارم ولا يخفى إمكان الخدشة فيما ذكر لأنّ خوف التلف غير غالب ومع الخوف لا يرفع بحضور من علم بحاله بل يراجع إلى القوابل. وكما يحرم النظر للرّجل إلى العورة كذلك يحرم على المرأة وسماع صوتها لا دليل على حرمته ، وأخذ الولد حال الوضع لا يلازم النظر ولا المسّ ، بل يمكن من وراء الستر ، نعم لا إشكال في أنّ استبداد النساء أوفق بحال المرأة حتّى بالنسبة إلى الزّوج .

وأمّا استحباب غسل المولود فلما ذكره الفقهاء في باب الأغسال من استحباب الغسل بضمّ الغين المعجمة ولعلّه الظاهر من الأخبار وربما يحتمل الفتح ويدلُّ عليه قوله عليه السلام على المحكيّ في موثّقة سماعة في تعداد الأغسال «وغسل المولود واجب»[١] والمشهور فيه الاستحباب ، وعن المعتبر رمي القول بالوجوب بالشذوذ، وعن المنتهى بالمتروكيّة ولا

---

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٠٢ .

(٢) الكافي ج ٣ ص ٤٠ .

يخفى أنّ الذكر في ضمن الأغسال لايدلّ على كون الغسل بالضمّ كسائر الأغسال المستحبّة .

وأمّا استحباب أن يؤذّن في اُذنه اليمنى ويقام في اليسرى فيدلّ عليه أخبار منهاماعن السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله: من ولد له مولود فليؤذّن في اُذنه اليمنى بأذان الصلاة وليقيم في اليسرى فانّه عصمة من الشيطان الرّجيم» (١) .

و روى في الفقيه مرسلاً قال : «قال الصادق عليه السلام: المولود إذا ولد يؤذّن في اُذنه اليمنى ويقام في اليسرى» .

وأمّا استحباب التحنيك بماء الفرات وتربة الحسين عليه السلام فيدلّ عليه مارواه في الكافي عن بعض أصحابه عن أبي جعفر عليهما السلام قال : «يحنّك المولود بماء الفرات ويقام في اُذنه»(٢)

قال : وفي رواية اُخرى «حنّكوا أولادكم بماء الفرات وتربة الحسين عليه السلام وإن لم يكن فبماء السماء(٤) » .

و عن أبي بصير عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «قال أمير المؤمنين عليه السلام : حنّكوا أولادكم بالتمر هكذا فعل النبي صلى الله عليه وآله بالحسن والحسين عليهما السلام (٤) » .

وفي كتاب الفقه الرّضوي عن الرّضا السلام «التحنيك بالعسل» .

والظاهر أنّ الفقهاء رضوان الله تعالى عليهم أخذوا من كلام الصدوقين .

﴿ ويستحبّ تسمية الأسماء المستحسنة و أن يكنّيه ويكره أن يكنّى محمّداً بأبي القاسم وأن يسمّى حكماً أوحكيماً أوخالداً أو حارثاً أو مالكاً أوضراراً ، يستحبّ حلق رأسه يوم السابع مقدّماً على العقيقة و التصدّق بوزن شعره ذهباً أوفضّة ويكره القنازع ﴾ .

والأخبار الواردة في المقام منها مارواه في الكافي عن ثعلبة بن ميمون ، عن رجل ،

---

(١) الكافي ج ٦ ص ٢٣ .

(٢) و (٣) و (٤) الكافي ج ٦ ص ٢٤ .

عن أبي جعفر عليهما السلام : « أصدق الأسماء ماسمّي بالعبوديّة وأفضلها أسماء الأنبياء[١] »

و عن موسى بن بكر عن أبي الحسن عليه السلام قال: « أوّل مايبرّ الرّجل ولده أن يسمّيه باسم حسن ، فليحسن أحدكم اسم ولده[٢] » .

وعن عبدالله بن الحسين بن زيد بن عليّ بن الحسين عليهما السلام عن أبيه ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال :«قال رسول الله صلى الله عليه وآله : استحسنوا أسماءكم فإنّكم تُدعون بها يوم القيامة : قم يافلان بن فلان إلى نورك ، قم يافلان بن فلان إلى نورك[٣]» .

وعن سليمان بن جعفر الجعفريّ قال: «سمعت أبا الحسن عليه السلام يقول : لايدخل الفقر بيتاً فيه اسم محمّد أو أحمد أو علي أو الحسن أو الحسين أوجعفر أو طالب أو عبدالله أو فاطمة من النساء[٤] » .

ويستفاد من بعض الأخبار استحباب التسمية قبل الولادة و إلّا فبعد الولادة حتّى السقط فروي في الكافي عن أبي بصير عن أبي عبدالله ،عن أبيه ، عن جدّه عليهم السلام «قال أمير المؤمنين عليه السلام « سمّوا أولادكم قبل أن يولدوا فإن لم تدروا أذكر أوانثى فسمّوهم بالاسماء الّتي تكون للذّكر والانثى فإنّ أسقاطكم إذا لقوكم في القيامة ولم تسمّوهم يقول السقط لأبيه : ألّا سمّيتني وقد سمّى رسول الله صلى الله عليه وآله محسناً قبل أن يولد[٥] » .

وأمّا استحباب أن يكنّى الولد فقد ذكر فيه قول الباقر عليه السلام على المحكيّ في خبر معمر بن خثيم إنّا نكنّى أولادنا في صغرهم مخافة النبز أن يلحق بهم[٦] » .

وفي خبر السكونيّ ، عن أبي عبدالله عليه السلام « من السنّة أن يكنّى الرّجل باسم ابنه[٧] » .

و أمّا كراهة أن يكنّى محمّداً بأبي القاسم فلخبر السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام « إنّ النبيّ صلى الله عليه وآله نهى عن أربع كنى : عن أبي عيسى وعن أبي الحكم وعن أبي مالك

---

(١) و (٢) الكافي ج ٦ ص ١٨ .

(٣) و (٤) الكافي ج ٦ ص ١٩ .

(٥) المصدر ج ٦ ص ١٨ .

(٦) الكافي ج ٥ ص ٢٠ . والنبز : اللقب السوء .

(٧) الكافي ج ٦ ص ٢٠ و ٢١ .

وعن أبي القاسم إذا كان الاسم محمداً [١]» وقد يستظهر أنّ القيد للأخير .

وأمّا كراهة أن يسمّى حكيماً ـ الخ» فلخبر حمّاد بن عثمان عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «إنّ رسول الله صلى الله عليه وآله دعا بصحيفة حين حضره الموت يريد أن ينهى عن أسماء يتسمّى بها فقبض ولم يسمّها منها الحكم وحكيم وخالد ومالك [٢]» .

وفي خبر محمّد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام «إنّ أبغض الأسماء إلى الله سبحانه حارث ومالك وخالد [٣]» .

وقال أبو جعفر عليه السلام على المحكيّ في خبر جابر المرويّ عن الخصال قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: ألا إنّ خير الأسماء عبدالله وعبدالرّحمن وحارثة وهمّام ، وشرّ الاسماء ضرار ومرّة وحرب وظالم [٤]» .

وأمّا استحباب حلق رأسه فيدلّ عليه مارواه في الكافي ، عن أبي بصير ، عن أبي عبدالله عليه السلام في المولود قال: «يسمّى في اليوم السابع ، و يعقّ عنه و يحلق رأسه ، و يتصدّق بوزن شعره فضّة ، ويبعث إلى القابلة بالرّجل مع الورك ويطعم منه ويتصدّق [٥]» .

وعن أبي بصير ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «إذا ولدلك غلامٌ أو جارية فعقّ عنه يوم السابع شاة أوجزوراً ، وكل منهما ، وأطعم وسمّ واحلق رأسه يوم السابع ، وتصدّق بوزن شعره ذهباً أوفضّة ، وأعط القابلة طائفاً من ذلك فأيّ ذلك فعلت فقد أجزأك [٦]» .

و أمّا كراهة القنازع فيدلّ عليها مارواه في الكافي ، عن السكوني ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «قال: أمير المؤمنين عليه السلام: لاتحلقوا الصبيان القزع ـ والقزع أن يحلق موضعاً ويدع موضعا [٧]» .

﴿ويستحبّ ثقب اُذنه وختانه فيه ، ولو أخّر جاز ، ولو بلغ وجب عليه الاختتان

---

(١) و (٢) و (٣) الكافي ج ٦ ص ٢٠ و ٢١ .

(٤) الخصال باب الاربعة .

(٥) الكافي ج ٦ ص ٢٩ .

(٦) الكافي ج ٦ ص ٢٨ .

(٧) الكافي ج ٦ ص ٤٠ .

وخفض الجارية مستحبّ ، وأن يعقّ عنه فيه أيضاً ولاتجزىء الصدقة بثمنها ، ولوعجز . توقّع المكنة ، ويستحبّ فيها شروط الاُضحيّة و أن تخصّ القابلة بالرّجل والورك ولوكانت ذميّة اُعطيت ثمن الرّبع . ولو لم تكن قابلة تصدّقت به الاُمّ ، ولو لم يعقّ الوالد استحبّ للولد إذا بلغ ولومات الصبيّ في السابع قبل الزّوال سقطت ، ولو مات بعد الزّوال لم يسقط الاستحباب ، ويكره أن يأكل منها الوالدان وأن يكسر شيء من عظامها ، بل يفصل مفاصل الأعضاء ﴾ .

أمّا استحباب ثقب الاُذن فيدلّ عليه جملة من الأخبار منها مارواه الكافي عن مسعدة بن صدقة عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « إنّ ثقب اُذن الغلام من السنّة وختانه لسبعة أيّام من السنّة [1] » .

وعن عبدالله بن سنان في الصحيح عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « ثقب الاُذن من السنّة وختان الغلام من السنّة [2] » .

وأمّا استحباب الختان في اليوم السابع فيدلّ عليه رواية المسعدة المذكورة ويدلّ عليه أيضاً مارواه في الكافي عنه ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «اختتنوا أولادكم بسبعة أيّام فإنّه أطهر وأسرع لنبات اللّحم وإنّ الأرض لتكره بول الأغلف [3] » .

وعن عليّ بن يقطين في الصحيح قال : «سألت أبا الحسن عليه السلام عن ختان الصبيّ لسبعة أيّام من السنّة هوأو يوخّر وأيّهما أفضل ؟ قال : لسبعة أيّام من السنّة وإن أخّر فلا بأس [4] » .

ثمّ إنّه لاخلاف ظاهراً في أنّه يجب الاختتان بعد البلوغ و إنّما الخلاف فيما قبله ، فذهب الأكثر إلى أنّه كغيره من التكاليف الّتي لاتجب إلّا بالبلوغ ، والأصل براءة ذمّة الولي من هذا التكليف و نقل عن العلّامة ـ قدّس سرّه ـ في التحرير أنّه قال : «ولا يجوز

(۱) المصدر ج ۶ ص ۳۵ .

(۲) المصدر ج ص ۶ ص ۳۶ .

(۳) الكافي ج ۶ ص ۳۵ .

(۴) المصدر ج ۶ ص ۳۶ .

تأخيره إلى البلوغ » ويشكل استفادة هذا من الأخبار إلّا أن يقال : يستفاد ممّا روي في كتاب عيون أخبار الرّضا صلوات الله عليه باسناده عن الفضل بن شاذان عن الرّضا عليه السلام أنّه كتب إلى المأمون «والختان سنّة واجبة للرّجال ومكرمة للنساء[1]» الوجوب المطلق بنحو الوجوب الكفائي لا الوجوب على خصوص من يختتن حتّى يقال : قبل البلوغ لا يجب كساير التكاليف إلّا أن يستشكل احتمال كون الوجوب بمعنى الثبوت لا بمعنى اللّزوم.

وأمّا استحباب خفض الجارية فيدلّ عليه مارواه في الكافي ، عن عبدالله بن سنان في الصحيح عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «ختان الغلام من السنّة ، وخفض الجواري ليس من السنّة [2] » .

وعن السكوني ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « خفض النساء مكرمة ليست من السنّة ولا شيئاً واجباً وأيّ شيء أفضل من المكرمة[3] » .

وعن عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: الختان سنّة في الرّجال ومكرمة في النساء [4]» .

وأمّا العقيقة فاختلف في وجوبها واستحبابها والمشهور الثاني. وإلى الأوّل ذهب السيّد المرتضى وابن الجنيد ـ رحمهما الله ـ والأخبار الواردة منها مارواه في الكافي والفقيه عن عليّ بن أبي حمزة ، عن العبد الصالح عليه السلام قال : «العقيقة واجبة إذا ولد للرّجل فإن أحبّ أن يسمّيه من يومه فعل [5]» .

وما رواه في الكافي عن عليّ ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «العقيقة واجبة[6]» .

وعن أبي خديجة ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «كلّ مولود مرتهن بالعقيقة [7]»

ومارواه في الفقيه مرسلاً قال: في رواية أبي خديجة عن أبي عبدالله عليه السلام :«كلّ

---

(١) العيون ص ٢٦٧ .

(٢) و (٣) و (٤) المصدر ج ٦ ص٣٧ والتهذيب ج ٢ ص ٣٣ .

(٥) الكافي ج ٦ ص ٢٤ والفقيه باب العقيقة تحت رقم ٤ .

(٦) و (٧) المصدر ج ٦ ص ٢٤ و٢٥ .

إنسان مرتهنٌ بالفطرة ، وكلُّ مولود مرتهنٌ بالعقيقة [1] » .

ومارواه في الموثّق عن عمّار الساباطي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : «كلُّ مولود مرتهنٌ بعقيقته [2] » .

وعن أبي بصير في الموثّق أو الصحيح عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «سألته عن العقيقة أواجبة هي ؟ قال: نعم هي واجبة [3] » .

ومارواه في الكافي عن عبدالله بن سنان ، وفي الفقيه عن عمر بن يزيد في الصحيح قال : « قلت لأبي عبدالله عليه السلام : إنّي والله ما أدرى كان أبي عقَّ عنّي أو لا ، قال : فأمرني أبوعبدالله عليه السلام فعققت عن نفسي وأناشيخ . وقال عمر : سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول : كلُّ امرء مرتهنٌ بعقيقته والعقيقة أوجب من الأضحيّة [4] » .

فذهب الشيخ ومن تأخّر عنه إلى الاستحباب واستدلُّ العلاّمة في المختلف بعد اختيار الاستحباب بأصالة البراءة وحمل روايتي عليٍّ بن أبي حمزة وأبي بصير على شدَّة الاستحباب .

ويمكن أن يقال : عمدة مايمكن أن يستدلَّ به للوجوب المصطلح بين الفقهاء بمعنى اللّزوم التعبير بالوجوب في الأخبار المذكورة ، ونوقش باحتمال إرادة الثبوت من الوجوب ، ويمكن دفع هذه المناقشة ببعد إرادة الثبوت في خبر عمر حيث قال عليه السلام على المحكيِّ : « والعقيقة أوجب من الأضحيّة » .

فالأولى أن يقال : يظهر من هذا التعبير أنَّ الأضحيّة واجبة و العقيقة أوجب فاذا علمنا بأنَّ الوجوب في الأضحيّة بمعنى الاستحباب فالعقيقة أشدُّ استحباباً من الأضحيّة ظاهراً .

ويؤيّد هذا ماورد في موثّقة سماعة قال : «سألته عن رجل لم يعقَّ عن ولده حتّى

(١) المصدر الباب تحت رقم ٢ .

(٢) المصدر الباب تحت رقم ٥ .

(٣) الكافى ج ۶ ص ٢٥ .

(۴) الكافى ج۶ص ٢٥ والفقيه باب العقيقة تحت رقم ٣ و ١ . والتهذيب ج٢ ص٢٣٧ .

كبر وكان غلاماً شاباً أو رجلاً قد بلغ ، قال : إذا ضحّى عنه أو ضحّى الولد عن نفسه فقد أجزء عن العقيقة [1] » .

و موثّقة عمّار الساباطيّ عن أبي عبدالله عليه السلام و فيها « و إن لم يعقّ عنه حتّى ضحّى فقد أجزء » [2] .

حيث إنّه يستبعدجداً إجزاءالأُضحيّة المستحبّةعنالواجب حيثيقال: لانظير له في الأحكام الشرعيّة ويمكن أنيقال : التزم بعض الفقهاء بكفاية الغسلالمستحبّ عن غسل الجنابة وإن لم ينو الجنابة .

وأمّا عدمإجزاء الصدقة بثمنهافلمارواه فيالكافيفيالحسنعنمحمّدبنمسلم قال : « ولد لأبي جعفر عليهما السلام غلامان فأمر زيدبن عليّ أن يشتري له جزورين للعقيقة وكان زمن غلاء ، فاشترى له واحدة و عسرت عليه الأُخرى فقال لأبي جعفر عليهما السلام عسرت عليّ الأُخرى فتصدّق بثمنها ، فقال : لا اطلبها حتّىتقدرعليها فانّ الله يحبّ إهراق الدّماء و إطعام الطعام [3] » .

و عن ابن بكير في الموثّق قال : « كنت عند أبي عبدالله عليه السلام فجاء رسول عمّه عبدالله بن عليّ ، فقال له : يقول : عمّك إنا طلبنا العقيقة فلم نجدها فما ترىنتصدّق بثمنها ؟ قال : لا إنّ الله يحبّ إطعام الطعام و إراقة الدّماء [4] و يظهر من الرّواية الأُولى توقّع المكنة .

و أمّا استحباب شروط الأُضحيّة فهو المعروف وقديراداالاستفادته ممّا فيخبرعمر ابن يزيد من قوله عليه السلام على المحكيّ « والعقيقة أوجب منالأُضحيّة » .

وما في الموثّق عن الصادق عليه السلام « يذبح عنه - أي المولود - كبش وإن لم يوجد كبش أجزأه مايجزى فيالأُضحيّة ، و إلّا فحمل اعظم مايكون من حملان السنة [5] » .

---

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٣٨ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٢٩ .

(٣) و (٤) الكافي ج ٦ ص ٢٥ .

(٥) الفقيه باب العقيقة تحت رقم ٥ . والكافي ج ٦ ص ٢٨ .

وما في بعض النصوص من أنّه «إذا ضحّى أوضحّي عنه فقد أجزأه عن العقيقة».
ويشكل استفادة الاستحباب ممّا ذكر كما لا يخفى.

وأمّا اختصاص الرّجل والورك بالقابلة فيدلّ عليه مارواه في الكافي عن أبي بصير عن أبي عبدالله عليه السلام «في المولود يسمّى في اليوم السابع ويعقّ عنه - إلى أن قال - : و يبعث إلى القابلة بالرّجل مع الورك فيطعم منه ويتصدّق[1]».

وفي موثّقة عمّار عن أبي عبدالله عليه السلام «ويعطى القابلة ربعها وإن لم يكن قابلة فلأمّه تعطيه من شاءت - إلى أن قال - وإن كانت القابلة يهوديّة لاتأكل من ذبيحة المسلمين اُعطيت قيمة ربع الكبش[2]».

والمستفاد من هذه الموثّقة استحباب إعطاء الرّبع القابلة وإن كانت يهوديّة تعطى قيمة الرّبع. ولا تعرّض لغير اليهوديّة من النصرانيّة أو المجوسيّة إن عدّت من أهل الذّمّة. و مع عدم القابلة تعطى الاُمّ من شاءت.

وأمّا استحباب أن يعقّ الولد لو لم يعقّ الوالد فيستفاد من خبر عمر بن يزيد المتقدّم.

وأمّا سقوط العقيقة لو مات الصبيّ في اليوم السابع قبل الزّوال فيدلّ عليه خبر إدريس بن عبدالله عن أبي عبدالله عليه السلام «سألته عن مولود يولد فيموت يوم السابع يعقّ عنه؟ قال: إن مات قبل الظهر لم يعقّ عنه وإن مات بعد الظهر عقّ عنه[3]».

و أمّا كراهة أكل الوالدين منها فلقول الصادق عليه السلام على المحكيّ: «لا يأكل هو ولا أحد من عياله من العقيقة، و قال: وللقابلة ثلث العقيقة فإن كانت القابلة أمّ الرّجل أو في عياله فليس لها منه شيء، وتفصل أعضاء ثمّ يطبخها ويقسّمها ولا يعطيها إلّا أهل الولاية، وقال: يأكل من العقيقة كلّ أحد إلّا الاُمّ[4]».

ويظهر من هذه الرّواية تأكّد الكراهة بالنسبة إلى الاُمّ وفي خبر يحيى بن أبي

---

(۱) و (۲) الكافي ج ۶ ص ۲۹.

(۳) الكافي ج ۶ ص ۳۹.

(۴) الكافي ج ۶ ص ۳۲.

العلاء عن الصادق عليه السلام في حديث عقيقة الرسول صلى الله عليه وآله عن الحسن والحسين عليهما السلام قال: «وعقّ عنهما شاة وبعثوا برجل شاة إلى القابلة ونظروا ما غيره فأكلوا منه واهدوا إلى الجيران ـ الحديث[1]».

و امّا كراهة كسر عظامها فربما استفيدت من قول الصادق على المحكي «يفصل أعضاء[2]».

وقوله «واقطع العقيقة جداول فاطبخها وادع عليها رهطاً من المسلمين[3]».

وقد منع من استفادتها خصوصاً بعد ملاحظة خبر عمّار «سئل عن العقيقة إذا ذبحت هل يكسرعظمها؟ قال: نعم يكسرعظمها ويقطع لحمها؟ وتصنع بها بعدالذّبح ماشئت[4]».

وقيل: ورد في بعض النصوص النهي عن الكسر ومع عدم الكسر يفصل مفاصل الاعضاء.

﴿ومن التوابع الرّضاع و الحضانة، أفضل مارضع لبن أمّه، ولا تجبر الحرّة على إرضاع ولدها و يجبر الأمة مولاها. و للحرّة الاُجرة على الأب إن اختارت إرضاعه، وكذا لوأرضعته خادمتها. ولوكان الأب ميتاًفمن مال الرّضيع﴾.

المعروف أنّه أفضل مايرضع به الصبيّ لبن اُمّه ويدلّ عليه مارواه في الكافي عن طلحة بن زيد عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «قال أمير المؤمنين صلوات‌الله عليه: ما من لبن يرضع به الصبيّ أعظم عليه بركة من لبن اُمّه[5]».

وأمّا عدم إجبار الحرّة على الارضاع وإجبار الأمة عليه فيدلّ عليهما ماروواه في الكافي، عن سليمان بن داود المنقري قال: «سئل أبو عبدالله عليه السلام عن الرّضاع قال:

(١) الكافي ج ٦ ص ٣٣.

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٣٨.

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٣٧.

(٤) الفقيه باب العقيقة تحت رقم ١٢.

(٥) المصدر ج ٦ ص ٤٠.

لايجبر المرأة على إرضاع الولد ويجبر أمّ الولد [1] » .

واستدلّ أيضاً بقوله عزّوجلّ «فإن أرضعن لكم فآتوهنّ اُجورهنّ فإن تعاسرتم فسترضع له أخرى » .

واستشكل بأنّ مورد الآية كماينادى به سياق الكلام إنّما هو المطلّقة البائن و عدم الوجوب هنامسلّم الاخلاف فيه ، ويمكن أن يقال : استحقاق الاُجرة لاينافي الوجوب كما في الواجبات الكفائيّة ، و بعبارة اُخرى إن كان شيء واجباً على المكلّف مجّاناً وبلا عوض لا يستحقّ العوض و إن كان الواجب الجامع بين ماكان بلاعوض وماكان مع العوض لاينافي استحقاق العوض .

و أمّا أمة المولي فللمولى إجبارها على الإرضاع لأنّ جميع منافعها للمولى ومع اختيار الاُمّ إرضاع الولد فمع الارضاع بلاقصد أخذ الاُجرة لاإشكال ومع قصد أخذ الاُجرة يقع الكلام في أنّ الاُجرة على الأب ولو كان للولدمال أوكان الأب معسراً أو يكون الاُجرة على الأب بالخصوص في صورة عدم وجودالمال للولد وكون الأب موسراً؟ الظاهر الثاني لاندراج اُجرة الإرضاع في النفقة الواجبة على الأب مع عدم المال للولد وإيسار الأب ، ولم يظهر من الآية الشريفة وجوب الاُجرة على الأب من ماله ، بل يمكن وجوبها من مال الولد ومع عدم المال للأب والولد يتعلّق التكليف بالاُمّ بإرضاع الولد بلا اُجرة أوإعطائها الاُجرة لمرضعة اُخرى ويكون من باب نفقة الأقارب وكذا الكلام في إرضاع خادمة الاُمّ .

ولو كان الأب ميتاً يعطى الاُجرة من مال الولد من يلي أمره لوجوب حفظه ومع عدم المال يتعيّن على الاُمّ كما ذكر .

﴿ ومدّة الرّضاع حولان ، ويجوز الاقتصار على أحد وعشرين شهراً لاأقلّ ، والزّيادة بشهر أوبشهرين لا أكثر ، ولا يلزم الوالد اُجرة مازاد عن حولين ، و الاُمّ أحقّ بإرضاعه إذا تطوّعت أو قنعت بما تطلب غيرها ، ولو طلبت زيادة عن ما قنع غيرها فللأب نزعه واسترضاع غيرها ﴾ .

(1) المصدر ج ۶ ص ۴۱ .

أمّا تحديد مدّة الرّضاع بحولين فيدلّ عليه قوله تعالى « و الوالدات يرضعن أولاد هنّ حولين كاملين لمن أراد أن يتمّ الرّضاعة » .

و مارواه الشيخ في الصحيح عن الحلبيّ ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «ليس للمرأة أن تأخذ في رضاع ولدها أكثر من حولين كاملين فإن أراد الفصال قبل ذلك عن تراض منهما فهو حسن[1] » .

وأمّا جواز الاقتصار على أحد وعشرين شهراً فاستدلّ له بقوله تعالى : «وحمله وفصاله ثلثون شهراً» فإذا حملت به تسعة أشهر كما هو الغالب كان الباقي للرّضاع أحداً وعشرين شهراً .

وما رواه في التهذيب عن عبدالوهّاب بن الصباح قال : « قال أبو عبدالله عليه السلام : الفرض في الرّضاع أحد وعشرون شهراً ، فما نقص من أحد وعشرين شهراً فقد نقص المرضع فإن أراد أن يتمّ الرّضاعة له فحولين كاملين[2] » .

ومارواه في الكافي عن سماعة ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «الرّضاع أحد وعشرون شهراً فما نقص فهو جورٌ على الصبيّ[3] » .

ولا يبعد الجمع بين هذين الخبرين والصحيح المذكور بتخصيص النقصان في الصحيح بماذكر في الخبرين .

و أمّا الزّيادة على الحولين بشهر أو شهرين لا أكثر فهو المعروف وقيل : إنّه مرويٌّ ولم نعثر على خبر يدلّ على ذلك ، نعم روى الكلينيّ وابن بابويه في الصحيح عن سعد ابن سعد الأشعري ، عن أبي الحسن الرّضا عليه السلام قال : « سألته عن الصبيّ هل يرتضع أكثر من سنتين فقال : عامين ، قلت : فإن زاد على سنتين هل على أبويه من ذلك شيء؟ قال : لا[4] » .

---

(١) و (٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٧٧

(٣) المصدر ج ٦ ص ٤٠ .

(٤) الكافي ج ٦ ص ٤١ .

وقد يستظهر من هذا الصحيح جواز الزّيادة على الحولين مطلقاً ويمكن أن يقال: لعلّ التعبير بالزّيادة لا يشمل كلّ زيادة بلغت ما بلغت، وقد يستند في المنع بحرمة فضلات غير المأكول ولا يخفى الإشكال فيه حيث إنّ لازمه حرمة اللّبن بالنسبة إلى الرّضيع أيضاً والترخيص للولد مدّة معيّنة اضطراراً .

وأمّا عدم لزوم اُجرة ما زاد على الحولين على الوالد فلأنّ الحولين منتهى الرّضاعة بحسب الآية الشريفة والواجب على الأب اُجرة الرّضاع مع يسره وعدم المال للولد بمقتضى قوله تعالى « فآتوهنّ اُجورهنّ » وقوله تعالى « وعلى المولود له رزقهنّ وكسوتهنّ » .

واستشكل في المقام بأنّه لا معنى لعدم استحقاق المرأة الأجرة للزّائد الّذي هو بمنزلة النفقة الضروريّة الّذى تجب على الوالد بعد حمل النصوص على الغالب واُجيب بالفرق بين الاُجرة المضروبة على الأب في الحولين وبين الاُجرة بعد الحولين فإنّ الاُولى مضروبة على الأب ولو مع عدم رضى الأب وعدم تحقّق معاملة بين الزّوجة والأب وعدم رضى الأب بإرضاعها بل الأب ملزم بحكم الشرع بخلاف الثانية حيث إنّها محتاجة إلى المعاملة وتراضى الطرفين .

ويمكن أن يقال : لا مانع من رجوع المرضعة إذا لزم إرضاعها للولد إلى اُجرة المثل ولو كان الأب غير راض أو كان غائباً إذا لم تقصد الإرضاع بلا اُجرة من جهة وجوب النفقة على الأب إذا لم يكن للولد مال، نظير لزوم حفظ الدّابة المستأجرة مع غيبة مالكها .

وأمّا أحقيّة الاُمّ مع التطوّع أو القناعة بما يطلب غيرها فلا خلاف فيها ظاهراً ويدلّ عليها رواية أبي بصير عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «سمعته يقول : المطلّقة الحبلى ينفق عليها حتّى تضع حملها وهي أحقّ بولدها أن ترضعه بما تقبله امرأة اُخرى يقول الله تعالى « لا تضارّ والدة بولدها ولا مولود له بولده وعلى الوارث مثل ذلك » لا يضارّ بالصبيّ ولا يضار باُمّه في رضاعه وليس لها أن تأخذ في رضاعه فوق حولين كاملين فإذا أراد

الفصال قبل ذلك عن تراض منهما كان حسناً والفصال هو الفطام [1] ».

وما رواه الشيخ عن أبي الصباح الكناني، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: « إذا طلّق الرّجل المرأة وهي حبلى أنفق عليها حتّى تضع حملها فإذا أرضعته أعطاها أجرها ولا يضارّها إلّا أن يجد من هو أرخص منها فإن هي رضيت بذلك الأجر فهي أحقّ بلبنها حتّى تفطمه [2] ».

وعن فضل بن أبي العبّاس عن أبي عبدالله عليه السلام أنّه قال: « فإن قالت المرأة لزوجها الّذي طلّقها: أنا أرضع ابني بمثل ما تجد من يرضعه فهي أحقّ به [3] ».

﴿ وأمّا الحضانة فالأُمّ أحقّ بالولد بمدّة الرضاع إذا كانت حرّة مسلمة و إذا فصل فالحرّة أحقّ بالبنت إلى سبع سنين، وقيل: إلى تسع سنين . والأب أحقّ بالابن ولو تزوّجت الأُمّ سقطت حضانتها . ولو مات الأب فالأُمّ أحقّ به من الوصيّ، وكذا لو كان الأب مملوكاً أو كافراً كانت الأُمّ الحرّة أحقّ به ولو تزوّجت، فإن أعتق الأب فالحضانة له ﴾.

الحضانة لغةً بمعنى الحفظ والصيانة وقيل في اصطلاح الفقهاء - رضوان الله تعالى عليهم - الولاية والسلطنة على تربية الطفل وما يتعلّق بها من مصلحة حفظه وجعله في سريره وكحله وتنظيفه ونحو ذلك، وأورد عليه بأنّ الحضانة لو كانت ولاية على تربيته فاللّازم أن لا تسقط بإسقاط الأُمّ وتجب عليها مراعاة ذلك على وجه لا تستحقّ عليها الأجرة كما هو الشأن في غيرها من الولايات مع أنّه ليس في شيء من الأدلّة ما يقتضي ذلك بل فيها ما يقتضي خلافه كالتعليق على مشيّتها والتعبير بالأحقيّة بل ظاهرها كون هذه الأحقيّة مثل الأحقيّة في الرّضاع وحينئذٍ لا يكون ذلك واجباً عليها ولها إسقاطها ومطالبة الأُجرة عليه، ويمكن أن يقال: الظاهر أنّ الحضانة بمعناه اللّغوي والعرفي والمستفاد من الأدلّة

---

(١) الفقيه باب طلاق الحامل تحت رقم ٢ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٧٧ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٨٤ و٢٧٧ .

ولاية الأب والأم عليها في الجملة وليس الحضانة نفس الولاية ، بل الولاية ثابتة على الحضانة فمع عدم قيام الأم لاتسقط ولايتها بل تثبت للاب كما أنه مع عدم قيام الأب تكون لغيرهما نظير الولاية بالنسبة إلى الصغير حيث إنها ثابتة للأب و الجد و مع عدم قيامهما ثابتة للحاكم و مع عدم قيام الحاكم لمانع تثبت لعدول المؤمنين ولاتدل الأدلة على خلاف ماذكر ، و المشهور بين الأصحاب أن الأم أحق بالولد ذكراً كان أو انثى مدة الرضاعة أي الحولين وبعد انقضائها يكون الأب أحق بالذكر و الأم أحق بالأنثى حتى تبلغ سبع سنين فلننقل الأخبار الواردة .

فمنها صحيح الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « الحبلى المطلقة ينفق عليها حتى تضع حملها وهي أحق بولدها حتى ترضعه بما تقبله امرأة اخرى ، إن الله تعالى يقول : « لاتضار والدة بولدها ولامولودله بولده [1] » .

وخبر الكناني عنه عليه السلام أيضاً « إذاطلق الرجل امرأته وهي حبلى أنفق عليها حتى تضع حملها ، فإذا أرضعته أعطاهاأجرها لايضارها إلاأن يجد من هوأرخص أجراً منها فإن هي رضيت بذلك الأجر فهي أحق بابنها حتى تفطمه [2] » .

وخبر فضل بن أبي العباس البقباق قال : « قلت لأبي عبدالله عليه السلام : الرجل أحق بولده أو المرأة ؟ قال : لابل الرجل فإن قالت المرأة لزوجها الذي طلقها : أنا أرضع ابني بمثل ماتجد من يرضعه فهي أحق به [3] » .

ومنها صحيح أيوب بن نوح قال : « كتب إليه بعض أصحابه إنه كانت لي امرأة ولي منها ولد و خليت سبيلها ؟ فكتب : المرأة أحق بالولد إلى أن يبلغ سبع سنين إلا أن تشاء المرأة [4] » .

وصحيحه الآخر قال : « كتب إليه ـ يعني بشار بن بشير ـ جعلت فداك رجل تزوج

---

(١) (٢) الكافي ج ٦ ص ١٠٣ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٧٦ والاستبصار ج ٣ ص ٣٢٠ .

(٤) الفقيه باب الولد يكون بين والديه تحت رقم ٣ .

امرأة فولدت منه ثمّ فارقها من يجب له أن يأخذ ولده ؟ فكتب عليه السلام : إذا صار له سبع سنين فإن أخذه فله وإن تركه فله (١) » .

و منها مرسل المنقري قال : « سئل أبو عبدالله عليه السلام عن الرّجل يطلّق امرأته وبينهما ولد أيّهما أحقّ بالولد ؟ قال : المرأة أحقّ بالولد مالم تتزوّج (٢) » .

ومنها خبر داود بن حصين عن أبي عبدالله عليه السلام في قوله تعالى « والوالدات يرضعن أولادهنّ » قال : مادام الولد في الرّضاع فهو بين الأبوين بالسويّة فإذا فطم فالأب أحقّ به من الأمّ فإذا مات الأب فالأمّ أحقّ به من العصبة فإن وجد الأب من يرضعه بأربعة دراهم وقالت الأمّ : لا أرضعه إلّا بخمسة دراهم فإنّ له أن ينزعه منها إلّا أنّ ذلك خير له وأرفق له أن يذره مع أمّه (٣) » .

ولا يخفى عدم استفادة ماذهب المشهور إليه من التفصيل بين الذّكر و الأنثى بعد الحولين وقد يقال : مقتضى الجمع العرفي وهو حمل الظاهر على النصّ والأظهر هو حمل مادلّ على استحباب وضع الولد عند الأمّ إلى السبع وكراهة أخذه منها قبله لصراحة مادلّ على الحولين في جواز أخذه منها بعد الحولين بخلاف مادلّ على السبع فإنّه ظاهر في حرمة أخذه منها .

ويمكن أن يقال : هذا الجمع يوجب الجمع بين الوجوب والاستحباب حيث إنّ السبع بعضها أعني الحولين يجب وضع الولد فيهما عند الأمّ والسنين الباقية يستحبّ وضع الولد عندها فيها ، والجمع بهذا النحو ليس بعزيز لكن يتوجّه إشكال آخر وهو أنّ خبر داود بن حصين صريح في أنّه مادام الولد في الرّضاع يكون بين الأبوين بالسويّة فكيف يجمع مادلّ على اختصاص الحضانة في الحولين بالأمّ : إلّا أن يقال : ولاية الحضانة في الحولين مع قطع النظر عن هذا الخبر للأب باقية ، و لذا كان له أن ينزع الولد

---

(١) السرائر ص ٤٢١ .

(٢) و (٣) الكافي ج ٦ ص ٤٥ والتهذيب ج ٢ ص ٢٧٦ . والفقيه باب الولد يكون بين والديه تحت رقم ١ و٢ واللفظ له .

منها ، ولاينافي هذه الولاية لزوم وضع الولد عند الأمّ في الحولين إلّا في صورة الاختلاف في الأجرة .

وأمّا سقوط حقّ الحضانة للأمّ مع تزوّجها فيدلّ عليه مرسل المنقري المذكور وبهذا المضمون روى عن حفص بن غياث أوغيره [1] .

وأمّا أحقيّة الأمّ مع موت الأب من الوصي فهي المعروفة في كلماتهم ولم يستند إلى رواية .

وأمّا اشتراط الحرّيّة في الأمّ في أحقيّتها بالولد فاستدلّ عليه بما رواه في الكافي في الموثّق عن جميل وابن بكير جميعاً « في الولد من الحرّ والمملوكة قال : يذهب إلى الحرّ منهما [2] » .

وما رواه في الكافي والتهذيب عن داود الرّقّي قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن امرأة حرّة نكحت عبداً فأولدها أولاداً ثمّ إنّه طلّقها فلم تقم مع ولدها فتزوّجت فلمّا بلغ العبد أنّها تزوّجت أراد أن يأخذ ولده منها وقال: أنا أحقّ بهم منك إذا تزوّجت ، فقال : ليس للعبد أن يأخذ منها ولدها ، وإن تزوّجت حتّى يعتق ، هي أحقّ بولدها منه مادام مملوكاً فإذا أُعتق فهو أحقّ بهم منها [3] » .

ومارواه الصدوق في الصحيح عن الحسن بن محبوب عن أبي أيّوب ، عن الفضيل بن يسار ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « أيّما امرأة حرّة تزوّجت عبداً فولدت منه أولاداً فهي أحقّ بولدها منه وهم أحرار ، فإذا أُعتق الرّجل فهو أحقّ بولده منها لموضع الأب [4] » .

وبأنّ المملوكة لاتقدر على شيء ، هذا مع التأييد بأنّ منافع الأمة مملوكة للسيّد المقدّم حقّه على غيره .

---

(١) الفقيه الباب تحت رقم ٢ .

(٢) المصدر ج ٥ ص ٤٩٢ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ٤٥ والتهذيب ج ٢ ص ٢٧٦ .

(٤) الفقيه باب الولد يكون بين والديه تحت رقم ٣ .

ويمكن أن يقال : أمّا موثّق جميل و ابن بكير فلا ظهور له لما نحن فيه لاحتمال أن يكون النظر إلى حرّيّة الولد من جهة حرّيّة أحد أبويه ، وأمّا الخبران الآخران فراجعان إلى الزّوج المملوك لا إلى الزّوجة فلابدّ من دعوى القطع بعدم الفرق بين الزّوج والزّوجة . وأمّا مسلوبيّة القدرة للمملوك فليست بنحو لاتقبل التخصيص فإنّهم قائلون بأنّ الطلاق بيد المملوك ، وعموم مادلّ على أنّ الاُمّ أحقّ بالولد في حولي الرّضاع يشمل المملوكة .

وأمّا ماذكر من تقدّم حقّ المولى فلايوجب سلب أحقيّة الاُمّ حيث إنّ تزوّجها كان بإذن المولى ومن لوازم الزّوجيّة حقّ الحضانة بحسب عموم الدّليل فهذا كحقّ الزّوج من جهة الاستمتاع بها فإن تمّ الإجماع وإلّا يشكل الحكم .

وأمّا اشتراط الإسلام فاستدلّ له بأنّ حقّ الحضانة ولاية ومع كون الولد بحكم المسلم من جهة إسلام أبيه لاولاية لها عليه ، فإنّ الله لم يجعل للكافرين على المؤمنين سبيلاً بمقضى الآية الشريفة .

ويمكن أن يقال : ليس كلّ حقّ بالنسبة إلى المسلم ولاية بالنسبة إليه ألاترى أنّ العبد المسلم المملوك للكافر إذا كان إسلامه بعد مملوكيّته له يكون مملوكاً لمالم يبع ومنافعه ملكاً له ، والآية الشريفة لاتوجب نفيها وليس هذا تخصيصاً بالنسبة إليها لإباء الآية الشريفة عن التخصيص فلامانع من كون حقّ الحضانة من هذا القبيل إلّا أن يتمّ الإجماع على الاشتراط فإن أعتق الأب المملوك فالحضانة له إن قلنا باشتراط الحرّيّة .

﴿النظر الخامس **في النفقات** ، وأسبابها ثلاثة : الزّوجيّة والقرابة والملك، أما الزّوجية فيشترط في وجوب نفقتها شرطان : العقد الدائم ، فلانفقة لمستمتع بها . والتمكين الكامل فلانفقة لناشزة ولو امتنعت لعذر شرعيّ لم تسقط كالمرض و الحيض وفعل الواجب أمّا المندوب فإن منعها منه فاستمرّت سقطت نفقتها﴾ .

لاشبهة ولاخلاف بين علماء الإسلام في وجوب النفقة بالثلاثة المذكورة في الجملة فالزّوجة يجب نفقتها في الجملة بالكتاب والسنّة قال سبحانه « لينفق ذوسعة من سعته

ومن قدر عليه رزقه فلينفق ممّا آتاه الله » .

وروى ثقة الاسلام في الكافي عن إسحاق بن عمّار في الموثّق قال : « قلت لأبي عبدالله عليه السلام : ماحقّ المرأة على زوجها الّذي إذا فعله كان محسناً ؟ قال : يشبعها ويكسوها وإن جهلت غفر لها [١] » .

وروى في الفقيه في الصحيح عن ربعي ، عن الفضيل بن يسار ، عن أبي عبدالله عليه السلام في قوله عزّ وجلّ «ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله » قال : إذا أنفق عليها مايقيم ظهرها مع كسوة و إلّا فرّق بينهما [٢] » .

وعن عاصم بن حميد عن أبي بصير في الصحيح قال : « سمعت أبا جعفر عليه السلام من كانت عنده امرأة فلم يكسها ما يواري عورتها و يطعمها مايقيم صلبها كان حقّاً على الإمام أن يفرّق بينهما [٣] » إلى غير ذلك من الأخبار .

و يشترط في وجوب نفقة الزّوجة شرطان: أحدهما أن يكون العقد دائماً فلا نفقة لذات المنقطع ، و ادّعي الإجماع ، و قد يراد استفادة عدم استحقاق المتمتّع بها النفقة من قول الصادق عليه السلام على المحكيّ في رواية زرارة «تزوّج منهنّ ألفاً فإنّهنّ مستأجرات [٤]» .

فقول أبي جعفر عليه السلام على المحكيّ في رواية محمّد بن مسلم : « إنّها لاتطلّق ولاتورث و إنّما هي مستأجرة [٥] » .

ومن المعلوم أنّ الأجير لا نفقة له ، ويمكن أن يقال : الظاهر أنّ التعبير بهنّ مستاجرات ليس من جهة أنهنّ مستأجرات ولذا لايلتزم بصحّة الانشاء بالإجارة والاستيجار فلا يترتّب ما يترتب على الأجير ، وعلى فرض الترتّب بالاطلاق يكون في قباله إطلاق مادلّ على

---

(١) المصدر ج ٥ ص ٥١٠ .

(٢) و (٣) المصدر باب حق المرأة على الزوج تحت رقم ٦ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٤٥١ .

(٥) المصدر ج ٥ ص ٤٥٢ .

وجوب نفقة الزّوجة والثاني أظهر في مورد التعارض لكن بعد تسلّم عدم استحقاق النفقة لاتصل النوبة إلى ماذكر .

الشرط الثاني التمكين الكامل على المعروف فنقول: لا إشكال في أنّه مع تحقّق النشوز من طرف الزّوجة بالاخلال بما هو واجب عليها من حقوق الزّوج تسقط نفقتها ويدلّ عليه مارواه السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وآله : أيّما امرأة خرجت من بيتها بغير إذن زوجها فلا نفقة لها حتّى ترجع (۱) » .

والمروي في تحف العقول عن النبيّ صلى الله عليه وآله أنّه قال في خطبة حجّة الوداع : «إنّ لنسائكم عليكم حقّاً ولكم عليهنّ حقّاً ، حقّكم عليهن أن لايوطين فراشكم ولا يدخلن بيوتكم أحداً تكرهونه إلّا بإذنكم وأن لايأتين بفاحشة فإن فعلن فإنّ الله قد أذن لكم أن تعضلوهنّ وتهجروهنّ في المضاجع وتضربوهنّ ضرباً غير مبرّح وإذا انتهين فأطعنكم فعليكم رزقهنّ وكسوتهنّ بالمعروف » .

قد يستظهر من الخبر الأوّل أنّ الخروج بغير إذن الزّوج الّذي عدّ من الحقوق موجب للنشوز من حيث عدم القيام بحقوق الزّوج لا الخروج بغير رضاه كي لا يكون دالاً إلّا على سقوط النفقة بالمخالفة ، ويقال : المستفاد ممّا في تحف العقول المذكور تفريع الهجر والضرب على عدم القيام بماعدّ من حقوق الزّوج ولو لم يصدق المخالفة ويستفاد من تفريعة وجوب رزقهنّ وكسوتهنّ على إطاعتهنّ للزّوج سقوط نفقتهنّ وكسوتهنّ مع عدم الاطاعة بالتقصير في تعدية حقّه .

ويمكن أن يقال : بناء على ماذكر من ترتّب وجوب النفقة والاستحقاق على الاطاعة لابدّ من سقوطها إذا لم تتحقّق الاطاعة من جهة عدم أهليّة الزّوج كما لوكان صغيراً أومجنوناً مع أنّه لايصدق النشوز إلّا أن يقال : مقتضى إطلاق دليل وجوب النفقة وجوبها والمقيّد لايشمل صورة عدم أهليّة الزّوج وكذا صورة عدم أهليّة الزّوجة لصغرها أوجنونها إلّا أن يستشكل في إطلاق الدّليل و يقال : مادلّ على وجوب النفقة في مقام

---

(۱) الكافي ج ۵ ص ۵۱۴ .

أصل التشريع .

وعلى ماذكر ينبغي أن يراد من التمكين الكامل ماذكر لا ماذكر من إظهارها كونها ممكنة له إمّا بأن تعرّض نفسها عليه أو بان تقول: سلّمت إليك نفسي في كلّ زمان ومكان شئت وقد يراد استفادته من قوله ﷺ في جواب السؤال عن حقّ الزّوج على المرأة «وعليها أن تتطيّب بأطيب طيبها وتتلبّس بأحسن ثيابها وتتزيّن بأحسن زينتها و تعرّض نفسها غدوة وعشيّة» وذلك لأنّ الظاهر عدم وجوب ما في هذه الرّواية لقيام السيرة على عدم مراعات ماذكر فلابدّ من الحمل على الاستحباب فلامجال للقول بسقوط النفقة مع عدم القيام بماذكر .

و أمّا عدم سقوط النفقة إذاكان امتناع المرأة لعذر شرعيّ فهو مبنيّ على الأخذ بإطلاق دليل وجوب النفقة وعدم شمول مادلّ على الاشتراط بالتمكين الكامل المفقود في هذه الصورة ومع التشكيك في إطلاق دليل وجوب النفقة يشكل القول بعدم السقوط إلّا أن يتمسّك بالسيرة من غير نكير ، وما في كلماتهم من التفرقة بين الأعذار مشكل جدّاً .

وأمّا صورة منع الزّوج عن العمل الواجب فإن كان الواجب مضيّق فلاإشكال في تقديم الواجب المضيّق ولوكان موسّعاً وطلب الزّوج ما ينافي المبادرة كقضاء صوم رمضان فقد يقال بتقديم حقّ الزّوج لدوران الأمر بين الموسّع والمضيّق ومع التزاحم لاإشكال في تقديم المضيّق .

ويمكن أن يقال : أمّاماذكر من تقديم الواجب مع تضيّقه فلقائل أن يقول : مجرّد الوجوب من دون ملاحظة الاهميّة كيف يوجب تقديمه لأنّ إطاعة الزّوج أيضاً واجبة ولايوجب السبق أيضاً التقدّم . وأمّا ماذكر من تقديم حقّ الزّوج لدوران الأمر بين الموسّع والمضيّق فيمكن منعه لأنّ دليل وجوب القيام بحقوق الزّوج لايشمل مثل أوقات الصلوة والصوم وعلى هذا ليس من تزاحم الواجبين حتّى يقال : يدور الأمر بين الموسّع والمضيّق فبعد خروج الوقت بقدر أن تصلّي بين الظهر والمغرب مثلاً ماوجه تقديم حقّ الزّوج بأن يطلب منها ماينا في المبادرة إلى الصلاة .

وأمّا محل المندوب فان كان ممّا يتوقّف على إذن الزّوج كالحجّ والصوم يكون فعله بدون الاذن موجباً للفساد ولا يوجب منع النفقة لأنّه غير مانع من التمكين وإن كان ممّا لا يتوقّف على إذنه جاز لها فعله بغير الاذن ومتى طالب منها الاستمتاع المنافي لفعل المندوب تجب إطاعته ومع عدم الاطاعة تسقط النفقة ، و أمّا التقييد بالاستمرار في المتن فلم يظهر وجهه .

﴿وتستحقّ الزّوجة النفقة ولو كانت ذمّيّة أو أمة وكذا تستحقها المطلّقة الرّجعيّة دون البائن والمتوفّى عنها زوجها إلّا أن تكون حاملاً فتثبت نفقتها في الطلاق على الزّوج حتّى تضع وفي الوفاة من نصيب الحمل على إحدى الرّوايتين فنفقة الزّوجة مقدّمة على نفقة الأقارب وتقضي لو فاتت﴾ .

أمّا استحقاق الزّوجة الذّمّيّة فلا إشكال فيه لاطلاق الادلّة بناءً على صحّة نكاحها بالنكاح الدّائم . وأمّا الأمة فاذا أمكن السيّد الزّوج منها ليلاً ونهاراً فلا إشكال وإن لم يمكنه منها إلّا بناء على أنّ لعذلك فيشكل وجوب النفقة لعدم التمكين التامّ وإن كانت معذورة من جهة أنّ اختيارها بيد السيّد فليست ناشزة فتدخل في ذوات الأعذار فان أخذ باطلاق الدّليل الدّالّ على وجوب النفقة وعدم شمول مادلّ على سقوط النفقة لعدم القيام بحقوق الزّوج للمقام من جهة العذر فلابدّ من القول بوجوب النفقة وإن نوقش في الاطلاق فالمرجع أصالة براءة الزّوج عن النفقة ولعلّ الاقوى الأخذ بالاطلاق.

و أمّا استحقاق المطلّقة الرّجعيّة فالظاهر أنّه موضع وفاق ويدلّ عليه مارواه المشايخ الثلاثة عن زراره عن أبي جعفر عليه‌السلام قال : « إنّ المطلّقة ثلاثاً ليس لها نفقة على زوجها إنّما ذلك للّتي لزوجها عليها رجعة [1] » .

و مارواه في الكافي عن سعد بن أبي خلف في الصحيح قال : « سألت أبا الحسن موسى عليه‌السلام عن شيء من الطلاق فقال : إذا طلّق الرّجل امرأته طلاقاً لا يملك فيه الرّجعة فقد بانت منه ساعة طلّقها وملكت نفسها ولاسبيل له عليها وتعتدّ حيث شاءت ولانفقة لها ، قال: قلت: أليس الله عزّوجلّ يقول « لاتخرجوهنّ من بيوتهنّ ولا يخرجن »

(١) الكافي ج ٦ ص ١٠٤ والتهذيب ج ٢ ص ٢٧٤ . والفقيه باب طلاق العدة تحت رقم ٥.

قال : فقال : إنّما عنى بذلك الّتي تطلّق تطليقة بعد تطليقة . فتلك الّتي لا تخرج ولا تخرج حتّى تطلّق الثالثة ، فإذا طلّقت الثالثة ، فقد بانت منه ولا نفقة لها ، والمرأة الّتي يطلّقها الرّجل تطليقة ، ثمّ يدعها حتّى يخلو أجلها فهذه أيضاً تقعد في منزل زوجها ولها النفقة والسكنى حتّى تنقضي عدّتها » [1] .

و روى الثقة الجليل عبدالله بن جعفر الحميري في قرب الإسناد ، عن عبدالله بن الحسن ، عن جدّه عليّ بن جعفر ، عن أخيه موسى بن جعفر عليهما السلام قال : « سألته عن المطلّقة ألها نفقة على زوجها حتّى ينقضي عدّتها ؟ قال : نعم » [2] .

وهذه الرّواية وإن كانت فيها ترك الاستفصال لكنّها محمولة على الرّجعيّة ، وأمّا البائن والمتوفّى عنها زوجها فلا نفقة لهما إلّا مع الحمل. أمّا سقوط النفقة للبائن فلما ذكر من الخبرين المذكورين وأمّا ثبوته مع الحمل فلا خلاف فيه ظاهراً و يدلّ عليه قوله تعالى « فإن كنّ اُولات حمل فأنفقوا عليهنّ حتّى يضعن حملهنّ » .

وما رواه ثقة الإسلام في الصحيح أو الحسن عن محمّد بن قيس ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : « الحامل أجلها أن تضع حملها و عليه نفقتها بالمعروف حتّى تضع حملها » [3].

وعن عبد الله بن سنان في الصحيح عن أبي عبدالله عليه السلام « في الرّجل يطلّق امرأته و هي حبلى قال : أجلها أن تضع حملها و عليه نفقتها حتّى تضع حملها » [4] .

و نحوهما صحيحة الحلبيّ [5] و رواية الكافي و إطلاق الآية الشريفة والأخبار تشمل البائن والرّجعيّة .

وأمّا عدم ثبوت النفقة للمتوفّى عنها زوجها الحامل فلرواية زرارة عن أبي عبدالله عليه السلام « في المرأة المتوفّى عنها زوجها هل لها نفقةٌ ؟ فقال : لا » [6] .

---

(۱) المصدر ج ۶ ص ۹۰ .

(۲) المصدر ص ۱۱۰ .

(۳) المصدر ج ۶ ص ۱۰۳ .

(۵و۴) المصدر ج ۶ ص ۱۰۳ .

(۶) الكافي ج ۶ ص ۱۱۵ والتهذيب ج ۲ ص ۲۸۹ .

و عن محمد بن مسلم في الصحيح عن أحدهما عليهما السلام قال : «سألته عن المتوفّى عنها زوجها ألها نفقة ؟ قال : لاينفق من مالها »[١] .

و أمّا المتوفّى عنها زوجها الحبلي ففي ثبوت النفقة لها خلاف فيظهر من بعض الأخبار عدم ثبوت النفقة كما رواه ثقة الإسلام في الصحيح أو الحسن عن الحلبيّ عن أبي عبدالله عليه السلام أنّه قال : « في الحلبى المتوفّى عنها زوجها أنّه لا نفقة لها »[٢] .

وعن أبي الصباح الكنانيّ عنه عليه السلام قال: « في المرأة الحامل المتوفّى عنها زوجها هل لها نفقة ؟ قال : لا »[٣] .

و ما رواه في التهذيب عن زيد بن أبي اُسامة قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الحبلى المتوفّى عنها زوجها هل لها نفقة ؟ فقال : لا »[٤] .

و في قبال ما ذكر ما رواه في الكافي والفقيه عن محمد بن الفضيل ، عن أبي الصباح الكنانيّ عن أبي عبد الله عليه السلام قال : «المرأة الحبلى المتوفّى عنها زوجها ينفق عليها من مال ولدها الّذي في بطنها »[٥] .

و ما رواه في التهذيب و الفقيه عن السكونيّ ، عن جعفر ، عن أبيه ، عن عليّ عليه السلام قال : « نفقة الحامل المتوفّى عنها زوجها من جميع المال حتّى تضع »[٦] .

وقد ينافش في رواية محمد بن الفضيل من جهة ضعف السند ، ويشكل هذه المناقشة من جهة أنّه يظهر من كلام الصدوق ـ قدّس سرّه ـ اعتبارها[٧] فمع عدم إمكان الجمع تصل النوبة إلى الترجيح أو التخيير، والترجيح مع الأخبار النافية .

---

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٨٩ .

(٢) المصدر ج ۶ ص ١١٥ .

(٣) « « « ١١٥ . و التهذيب ج ٢ ص ٢٨٩ .

(٤) التهذيب ج ٢ ص ٢٨٩ .

(٥) الكافى ج ۶ ص ١١٥ والفقيه باب طلاق الحامل تحت رقم ٣ .

(۶) التهذيب ج ٢ ص٢٨٩ . والفقيه الباب المذكور تحت رقم ٣ .

(٧) لماقال بعد نقل رواية السكونى: « والذى نفتى به رواية الكنانى » .

و امّا تقدّم نفقة الزّوجة على نفقة الأقارب فهو المعروف بين الفقهاء فقالوا : نفقة الإنسان على نفسه مقدّمة على نفقة غيره و نفقة الزّوجة مقدّمة على نفقة الأقارب و استدلّوا على ذلك بأنّ نفقة الزّوجة وجبت على وجه المعاوضة في مقابل الاستمتاع بخلاف نفقة القريب ، و استشكل بأنّ هذا الوجه لا يوجب التقديم بملاحظة الأخبار الواردة .

فمنها ما رواه الكليني ـ قدّس سرّه ـ في الصحيح أو الحسن عن حريز عن أبي‌عبدالله عليه السلام قال : «قلت : من الّذي اُجبر عليه ويلزمني نفقته ؟ فقال: الوالدان والولد والزّوجة » [1] .

و روى الشيخ في التهذيب والصدوق في الفقيه في الصحيح عن محمّد الحلبيّ ، عن أبي عبدالله مثله » .

و ما رواه في الكافي عن محمّد بن مسلم عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « قلت من يلزم الرّجل من قرابته ممّن ينفق عليه ؟ قال : الوالدان والولد والزّوجة » [2] و زاد في الفقيه « والوارث الصغير » يعني الأخ و ابن الأخ و نحوه .

و عن جميل في الصحيح عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليهما السلام قال : « لا يجبر الرّجل إلّا في نفقة الأبوين والولد ، قلت لجميل : والمرأة ؟ قال : روى بعض أصحابنا و هو عنبسة بن مصعب و سورة بن كليب عن أحدهما عليهما السلام « أنّه إذا كساها ما يواري عورتها وأطعمها ما يقيم صلبها أقامت معه وإلّا طلّقها ، قال: قلت لجميل: وهل يجبر على نفقة الاُخت ؟ قال : إن أجبر على نفقة الاُخت كان ذلك خلاف الرّواية » [3] .

و يمكن أن يقال: وجوب الإنفاق على الأقارب حكم تكليفي صرف وليست نفقتهم على المنفق بمنزلة الدّين بحيث تكون الذّمّة مشغولة بها حتّى مع عدم القدرة، و بعبارة اُخرى

(١) و (٢) المصدر ج ٣ ص ١٣ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٨٩ و ١٠٥ .

لاإطلاق في الأدلّة حتّى يستفاد منها الوجوب مع عدم القدرة ،غاية الأمر معه يكون معذوراً عقلاً بخلاف وجوب نفقة الزّوجة حيث إنّها بمنزلة الدّين والذّمّة مشغولة بها حتّى مع عدم القدرة ، غاية الأمر المعذوريّة معه فمع الدّوران تقدّم نفقة الزّوجة و هذا نظير دوران الأمر بين صرف مقدار من الماء في رفع الخبث و بين صرفه في رفع الحدث حيث إنّه يمكن أن يقال : حيث إنّ لزوم رفع الخبث مطلق وليس مشروطاً بالتمكّن بخلاف لزوم الطهارة المائيّة حيث إنّه مشروط بالتمكّن فلابدّ من صرف الماء في رفع الخبث و بعد لزومه فيه لا تمكّن لرفع الحدث فنقول في المقام حيث إنّه يستفاد ممّا دلّ على وجوب الإنفاق على الزّوجة مع عدم النشوز من غير الأخبار المذكورة في المقام بالنحو المذكور لا يبعد التقديم عند الدّوران هذا غاية ما يمكن أن يقال في توجيه ما ذهب إليه الأكابر فتأمّل .

وأمّا تقديم نفقة نفسه على الغير فقد يستدلّ عليه بالنبويّ صلى الله عليه وآله وفيه «أنّ رجلاً جاء إليه صلى الله عليه وآله فقال : معي دينار ؟ فقال : أنفقه على نفسك ، فقال : معي آخر؟ فقال: أنفقه على ولدك ، فقال : معي آخر ؟ فقال : أنفقه على أهلك » .

والمستفاد منه تقديم نفقة الولد على الأهل و قيل مع تسليم صحّة الخبر يحتمل الحمل على غير النفقة الواجبة مع أنّ الرّجل كان موسراً كما يظهر منه وكلام الأصحاب في شأن المعسر .

و أمّا وجوب قضاء نفقة الزّوجة فلا إشكال فيه فيما تملك المرأة من قوتها و يدلّ على الملكيّة مارواه الشيخ في الصحيح والكلينيّ بسند فيه إرسال عن شهاب بن عبدربّه قال: «قلت لأبي عبدالله عليه السلام : ماحقّ المرأة على زوجها؟قال: يسدّ جوعها ويستر عورتها ولايقبح لها وجهاً ، فإذا فعل ذلك فقد والله أدّى حقّها ، قلت : فالدّهن؟ قال:غبّاً يوم و يوم لا ، قلت : فاللّحم قال :في كلّ ثلاثة أيّام فيكون في الشهر عشر مرّات لا أكثر من ذلك ، قلت : فالصبغ؟قال : في كلّ ستّة أشهر، ويكسوها في كلّ سنة أربعة أثواب ثوبين للشتاء و ثوبين للسيف ، ولا ينبغي أن يفقر بيته من ثلاثة أشياء دهن الرأس والخلّ والزّيت و يقوتهنّ بالمدّ ، فإنّي أقوت به نفسي و عيالي ، وليقدر لكلّ انسان منهم

قوته فإن شاء أكله و إن شاء وهبه و إن شاء تصدّق به ولا تكون فاكهة عامّة إلّا أطعم عياله منها ، ولا يدع أن يكون للعيد عندهم فضل في الطعام أن ينيلهم من ذلك شيئاً ممّا لا ينيلهم في ساير الأيّام » (١) .

حيث إنّ الهبة والتصدّق من لوازم الملكيّة إلّا أن يقال : لا إشكال في تملّك المرأة القوت بعد القبض لكن مجرّد هذا لا يثبت كون النفقة قبل إقباض الزّوج بمنزلة الدّين ، ألا ترى أنّ الزّكاة المندوبة تملك بعد الإقباض والقبض ، وقبل القبض لا تكون ملكاً لأحد من الفقراء ، ثمّ إنّه يشكل استفادة لزوم تمليك الزّوجة في قوته من هذا الصحيح لأنّ الظاهر أنّ الضمير في قوله «وليقدر لكلّ إنسان منهم الخ » يرجع إلى العيال المعلوم ممّا قبله والعيال يشمل الزّوجة و من وجب نفقته و من لم يجب كالأخ والأخت والخدم فلا يجب الإنفاق عليهم على نحو التمليك بل على نحو الامتاع أيضاً لا يجب و يقع التعارض بين ظهور «وليقدر» في الوجوب وعموم كلّ إنسان منهم بالنسبة إلى العيال بل لعلّ الخصوصيّات المذكورة في الصحيح ليست على نحو الوجوب كما لا يخفى .

و أمّا مااستدلّ به من أنّ نفقة الزّوجة اعتياض في مقابلة الاستمتاع فتصير بمنزلة الدّين ، ففيه إشكال لأنّه مع تسليم استفادة الاعتياض من الأخبار لا بدّ من القول به في الكسوة أيضاً و في الكسوة لا يسلّم كونها بمنزلة الدّين للخلاف في أنّ الزّوجة تملك الكسوة كالقوت أو أنّ حقّها على الزّوج إمتاعها و عدّ من الثمرات إنّه على الامتاع لا يصير ديناً و أنّه لا يصحّ لها بيع ولا جواز التصرّف فيه بغير اللّبس هذا ولكنّ الظاهر أنّ وجوب القضاء فيما تملك من المسلّمات ؟ وأمّا ما تستحقّ الزّوجة بنحو الامتاع فلا ولذا عدّ من الثمرات في الكسوة ما ذكر .

﴿ و أمّا القرابة فالنفقة على الأبوين والأولاد لازمة و فيمن علا من الآباء والأمّهات تردّد أشبهه اللّزوم ولا تجب على غيرهم من الأقارب بل تستحبّ و تتأكّد

(١) الكافي ج ٥ ص ٥١٣ . والتهذيب ج ٢ ص ٢٢١ .

في الوارث ﴾ .

مقتضى الأخبار المذكورة في المقام الإشكال على القول بتقدّم نفقة الزّوجة على الأقارب لزوم نفقة الأبوين على الأولاد ولزوم نفقة الأولاد على الأبوين و ادّعي عدم الخلاف على لزوم نفقة من علا من الآباء والأُمّهات أو سفل من الأولاد ، و تردّد المصنّف ـ قدّس سرّه ـ من جهة صدق الأب والوالد على من علا وصدق الولد على من سفل ، و لعلّ التردّد في محلّه ، ألا ترى أنّه لو قال : قال أو فعل أبي أو والدي هل يكون ظاهراً في غير أبيه بلا واسطة و كذلك في طرف الأُم إلّا أن يتمّ الاجماع و لعلّه لهذه الجهة احتاط بعض الأكابر بنحو الاستحباب في الرّبا بين الوالد والولد وقد يستشعر من الخبر في الزّكاة يعطى منها الأخ والأُخت والعمّ والعمّة والخال والخالة ولا يعطى الجدّ والجدّة خصوصاً بعد استفادة النصوص وانعقاد الاجماع على حرمتها لواجبي النفقة، فليس النهي عن إعطائهما إلّا لوجوب نفقتهما .

و يمكن أن يقال : المستفاد من الدّليل حرمة الزّكاة لكلّ من وجب نفقته لا أنّ من لا يجوز إعطاؤه الزّكاة يكون من الأقارب الّتي يجب نفقتها ، والمستفاد من الأخبار المذكورة لزوم النفقة على المذكورين و ما يظهر من بعضها من إضافة الوارث الصغير محمول على الاستحباب بقرينة غيره و من جهة استفادة النصوص في إعطائه الزّكاة المنافي لوجوب الإنفاق عليهم .

و أمّا استحباب الانفاق على الأقارب عدا من ذكر فيدلّ عليه مارواه الصدوق في الخصال بسنده عن زكريّا المؤمن رفعه إلى أبي عبدالله عليه السلام قال: «من عال ابنتين او أُختين أو عمّتين أو خالتين حجبتاه من النّار بإذن الله ».(١)

و في تفسير الامام العسكري عليه السلام في قوله : « و ممّا رزقناهم ينفقون » قال : من الزّكاة والصدقات والحقوق اللّازمات ـ إلى أن قال ـ وذوي الأرحام القريبات والآباء والأُمّهات ، و كالنفقات المستحبّة على من لم يكن فرضاً عليهم النفقة من ساير القرابات ـ الحديث » .

---

(١) الخصال ج ١ ص ٢٠ .

و أمّا تاكّد الاستحباب في خصوص الوارث فيمكن استفادته من خبر غياث عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « اُتي أمير المؤمنين صلوات الله عليه بيتيم قال : خذوا بنفقته أقرب الناس منه من العشيرة ممّن يأكل ميراثه » (۱) .

و ما في صحيح الحلبيّ المذكور من قوله « والوارث الصغير » (۲) .

ولعلّ التفسير بالأخ و ابن الأخ وغيره من الرّاوي .

﴿ و يشترط في الوجوب الفقر والعجز عن الاكتساب . ولا تقدير للنفقة بل يجب بذل الكفاية من الطعام والكسوة والمسكن . و نفقة الولد على الأب و مع عدمه أو فقره فعلى أب الأب وإن علا مرتّباً ، ومع عدمهم تجب على الاُمّ وآبائها الأقرب فالأقرب ، ولا تقضى نفقة الأقارب لوفاتت ﴾ .

أمّا اشتراط الفقر فادُّعي عليه الأجماع ، و أدلّة وجوب النفقة منصرفة إلى صورة الفقر ، و أمّا اشتراط العجز عن الاكتساب فلأنّ القادر لا يعدُّ من الفقراء و حكم في كتاب الزّكاة بعدم استحقاقه للزّكاة فعن النبيّ صلى الله عليه وآله « لاحظّ في الصدقة لغني ولا لقويّ مكتسب » إلّا أن يقال : ظاهر هذا الخبر نفي الحظّ في الصدقة للقويّ المكتسب بالفعل لا من يقدر على الاكتساب اللائق بحاله المعرض عنه ، لكن في كتاب الزكاة يظهر من بعض الأخبار نفي الصدقة لذي مرّة (۳) .

و يمكن أن يقال : العمدة في المقام دعوى الانصراف ولم نعثر في الأخبار التقييد بالفقر والعجز عن الاكتساب بخلاف باب الزّكاة فدعوى الانصراف بالنسبة إلى القادر على الاكتساب اللّائق بحاله المعرض عنه مشكلة إلّا أن يدّعى عدم الاطلاق في الأدلّة و هو بعيدٌ جدّاً .

ولا تقدير لنفقة الأقارب بل إطلاق الأدلّة يقتضي الاقتصار على قدر الكفاية من الاطعام والكسوة والمسكن ممّا يليق بحال المنفق عليه وقد فرّق بين نفقة الزّوجة ونفقة

---

(۱) الكافي ج ۲ ص ۱۳ والتهذيب ج ۲ ص ۸۹ .

(۲) التهذيب ج ۲ ص ۸۹ .

(۳) راجع الكافي ج ۳ ص ۵۶۳ .

الأقارب حيث إنّ نفقة الزّوجة بالنسبة إلى القوت بنحو التمليك و في الكسوة خلاف بخلاف نفقة الأقارب فإنّها بنحو الامتاع حتّى بالنسبة إلى القوت ، ونوقش بأنّ مقتضى صحيح شهاب المتقدّم الّذي هو العمدة في اعتبار الملك هناك عدم الفرق بين الزّوجة و غيرها في ملك الطعام منها لقوله عليه السلام « و ليقدر لكلّ إنسان منهم قوته إن شاء وهبه و إن شاء تصدّق به » قلت : قد سبق الاشكال في استفادة لزوم الانفاق على نحو التمليك بالنسبة إلى الزّوجة من الصحيح المذكور بل يصدق الإمساك بالمعروف مع عدم الملكيّة أيضاً إلاّ أن يدّعى الإجماع ، و أمّا الترتيب المذكور في كلماتهم من تقدّم الأب على أب الأب وإن علا مرتّباً ومع عدمهم على الاُمّ فاستدلّ على تقدّم الأب على الاُمّ بقوله تعالى « فإن أرضعن لكم - الخ » قلت : الأولى أن يقال : لم يذكر في الأخبار الدّالّة على لزوم نفقة الأقارب الاُمّ و مع عدم الآباء لزوم النفقة على الاُمّ لابدّ أن يكون من جهة دعوى الإجماع فمقتضى الأصل البراءة .

واستدلّ لتقدّم الأب على أب الأب بآية «اولوا الأرحام» وقول أمير المؤمنين صلوات الله عليه في الخبر السابق على المحكيّ : « خذوا بنفقته أقرب الناس منه في العشيرة كما يأكل ميراثه» ويشكل شمول الآية الشريفة لمثل المقام ولازمه تقدّم الاُمّ على الجدّ ولا يقولون به ، و قول أمير المؤمنين صلوات عليه على المحكيّ محمولٌ على الاستحباب فكيف يستدلّ به على الوجوب ، وأيضاً لازمه تقدّم الاُمّ على الجدّ فلا بدّ من التمسّك بالإجماع إن تمّ .

و أمّا عدم القضاء مع فوت نفقة الأقارب فادّعى عليه الإجماع و قد يعلّل بأنّ وجوب الانفاق عليهم حكم تكليفيّ وليس من قبيل الدّين اللاّزم قضاءه بل النفقة مواساة لسدّ الخلّة و لولا الإجماع أشكل التفرقة بحسب الأخبار بين نفقة الزّوجة و نفقة الأقارب خصوصاً مع ملاحظة صحيح شهاب بن عبد ربّه المذكور .

﴿ و أمّا المملوك فنفقته واجبة على مولاه و كذا الأمة و يرجع في قدر النفقة إلى عادة مماليك أمثال المولى و يجوز مخارجة المولى على شيء فما فضل يكون له فإن كفاه وإلاّ أتمّه المولى . وتجب النفقة على البهائم المملوكة فإن امتنع مالكها اُجبر على

بيعها أو ذبحها إن كانت مقصودة بالذّبح ﴾ .

لاخلاف في وجوب النفقة للعبد والأمة ويدلّ عليه ماروى ثقة الاسلام في الصحيح عن عبدالرّحمن بن الحجّاج عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « خمسة لا يعطون من الزّكاة شيئاً : الأب والأمّ والولد والمرأة والمملوك وذلك أنّهم عياله لازمون له » [1].

و عن جميل بن درّاج في الصحيح أو الحسن قال : « لايجبر الرّجل إلّاعلى نفقه الأبوين والولد ـ الحديث » [2].

و روى الصدوق في الأمالى عن عبدالله بن الصلت عن عدّة من أصحابنا يرفعونه إلى أبي عبدالله عليه السلام أنّه قال : «خمسة لا يعطون من الزّكاة : الولد والوالدان والمرأة والمملوك لأنّه يجبر على النفقة عليهم » .

ولا فرق بين المملوك بين الصغير والكبير والصحيح والأعمى والمدبّر والمرهون و المستأجر و غيره ، و كذا لا فرق بين كسوب و غيره ، لكن متى كان كسوباً يخيّر المولى بين الإنفاق عليه من ماله و أخذ كسبه و بين الإنفاق عليه من كسبه ، و يمكن أن يقال إذا ملك العبد كما لو أوصى له بمال و قلنا بأنّه يملك و يكون محجوراً في التصرّفات فلا دليل على وجوب نفقته بل حاله حال الأقارب إذاكانوا أغنياء وكونه محجوراًلا يوجب كون النفقة على المولى كالصغير المالك حيث يصرف الولي ماله في نفقته و مع لزوم النفقة لا تقدير فيها بل الواجب قدر الكفاية من إطعام و ادام و كسوة ولم يظهر وجهها في المتن من الرجوع إلى عادة مماليك أمثال المولى حيث إنّ أمثال المولى ربمايوسّعون في نفقات مماليكهم فيجب على المولى التوسعة على هذا ولا دليل عليه و يجوز مخارجة المولى بأن يضرب على المملوك ضريبة في كلّ يوم أو مدّة يؤدّيها للمولى ويجعل الفاضل له إذا رضى المملوك بلاخلاف ظاهراً .

و يدلّ عليه صحيح عمر بن يزيد « سألت أباعبدالله عليه السّلام عن رجل أراد أن يعتق مملوكاً له وقد كان مولاه يأخذ منه ضريبة فرضها عليه في كلّ سنة ورضي بذلك

(۱) الكافي ج ۳ ص ۵۵۳ .

(۲) المصدر ج ۵ ص ۵۱۲ .

المولى فأصاب المملوك في تجارته مالاً سوى ما كان يعطي مولاه من الضريبة ، قال: فقال: إذا أدّى إلى سيّده ما كان فرض عليه فما اكتسب بعد الفريضة فهو للمملوك ، ثمّ قال أبوعبدالله عليه السلام : أليس قد فرض الله على العباد فرائض فإذا أدّوها لم يسألهم عمّا سواها، قلت له : فللمملوك أن يتصدّق بما اكتسب و يعتق بعد الفريضة الّتي كان يؤدّيها إلى سيّده؟ قال: نعم واجب ذلك له ، قلت: فإن اعتق مملوكاً ممّا اكتسب سوى الفريضة لمن يكون ولاء المعتق ؟ فقال : يذهب فيتوالى إلي من أحبّ فإذا ضمن جريرته و عقله كان مولاه و ورثه ، قلت له: أليس قد قال رسول الله صلى الله عليه وآله : « الولاء لمن أعتق» ؟ قال : فقال : هذا سائبة لايكون ولاؤه لعبد مثله ، قلت : فإن ضمن العبد الّذي أعتقه جريرته وحدثه أيلزمه ذلك و يكون مولاه و يرثه ؟ قال : فقال : لا يجوز ذلك لايرث عبدٌ حرّاً »[1].

فإن فضل قدر كفايته وكله إليه وإلّا كان على المولى التمام وهل لابدّ من أن يكون ذلك برضى المملوك أو يجوز لمولاه إجباره ؟ الظاهر الثاني لجواز إجبار العبد على أمر ليس شاقّاً على العبد تحمّله لأنّه مملوكٌ له و يجوز إجباره على الخدمة و تكسيبه نظير الخدمة .

ثمّ إنّه هل يتعيّن أن يكون نفقة العبد ممّا يملك من فاضل الضريبة أو يكون الأمر بيد المولى فيجوز له منعه من التصرّف في الفاضل و يعطى نفقته من مال نفسه الّذي يظهر من هذا الصحيح أنّ ما اكتسب العبد سوى الضريبة يتصرّف فيه بالاستقلال ولا يحتاج إلى إجازة المولى فيكون مستغنياً عن المولى كالغريب المستغني ، و على فرض الاحتياج إلى الإذن قد سبق أنّ دليل وجوب النفقة يشكل شموله لمثله .

وأمّا البهائم المملوكة فنفقتها واجبة بلاخلاف ظاهراً سواء كانت مأكولة أولم تكن، و سواء انتفع بها أولا و قد يستدلّ عليه بما رواه في الكافي عن السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «للدّابة على صاحبها ستّة حقوق : لايحملها فوق طاقتها ، ولايتّخذ ظهرها مجالس يتحدّث عليها ، و يبدء بعلفها إذا نزل ، ولا يسمها ، ولايضربها في وجهها فإنّها

---

(١) الكافي ج ٦ ص ١٩٠ .

تسبّح ، و يعرض عليها الماء إذا مرّ به »[1] .

و روي في الفقيه عن السكونيّ بإسناده قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وآله : للدّابّة على صاحبها خصال : يبدء بعلفها إذا نزل ، ويعرض عليها الماء إذا مرّ به ، ولا يضرب وجهها فإنّها تسبّح بحمد ربّها ، و لا يقف على ظهرها إلّا في سبيل الله ، ولا يحملها فوق طاقتها ، ولا يكلّفها من المشي إلّا ما تطيق »[2] إلى غير ذلك من الأخبار .

و يشكل استفادة الوجوب ممّا ذكر ، قالوا : و إن امتنع المالك اُجبر على بيعها أوذبحها إن كانت مقصودة بالذّبح ، فإن تمّ الإجماع على ماذكر فلاإشكال وإلّا فلايخلوما ذكرعن الإشكال للسؤال عن الفرق بين حفظ البهيمة من التلف و بين حفظ سايرالأموال مع امتناع مالكها عن حفظها. والحمدلله ربّ العالمين أوّلاً وآخرا .



(١) المصدر ج ٦ ص ٥٣٧ .

(٢) المصدر كتاب الحج باب حق الدابة على صاحبها تحت رقم ١ .

كتاب الطلاق

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله ربّ العالمين والصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين .

كتاب الطلاق والنظر في أركانه وأقسامه ولواحقه

الرُّكن الأوّل في المطلّق ويعتبر فيه البلوغ والعقل والاختيار والقصد ، فلا اعتبار بطلاق الصبيّ ، و في من بلغ عشراً رواية بالجواز فيها ضعف ، ولو طلّق عنه الوليّ لم يقع إلّا أن يبلغ فاسد العقل ، ولا يصحّ طلاق المجنون ولا السكران ولا المكره ولا المغضب مع ارتفاع القصد ✽ .

من الشرائط المعتبرة في المطلّق في الجملة البلوغ بلا خلاف ظاهراً فلا اعتبار بطلاق الصبيّ قبل بلوغ العشر ، والأخبار الخاصّة في المقام منها ما رواه في الكافي عن النوفلي، عن السكونيّ ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «كلّ طلاق جائز إلّا طلاق المعتوه أو الصبيّ أو مبرسم أو مجنون أو مكره » [1] .

و عن أبي الصباح الكنانيّ ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « ليس طلاق الصبيّ بشيء » [2] .

و عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « لا يجوز طلاق الصبيّ ولا السكران » [3] .

---

(١) المصدر ج ۶ ص ١٢۶ .

(٢و٣) المصدر ج ۶ ص ١٢۴ .

و في الفقه الرّضوي « والغلام إذا طلّق للسنّة فطلاقه جائز » .

و عن الشيخ في النهاية و ابن البرّاج و ابن حمزة و غيرهم صحّة طلاق من بلغ عشر سنين .

ويدلّ عليه مارواه في الكافي في الصحيح أو الحسن عن ابن أبي عمير، عن بعض رجاله عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « يجوز طلاق الصبيّ إذا بلغ عشر سنين » .

ومارواه في الكافي والفقيه عن سماعة في الموثّق قال: «سألته عن طلاق الغلام ولم يحتلم و صدقته فقال: إذا طلّق للسنّة و وضع الصدقة في موضعها وحقّها فلا بأس وهو جائز »[1] .

و ما رواه في الكافي في الموثّق ، عن ابن بكير ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال :« يجوز طلاق الغلام إذا كان قد عقل و وصيّته و صدقته و إن لم يحتلم »[2] .

وما رواه الشيخ بطريقه عن عليّ بن الحسن بن علي بن فضّال عن يعقوب بن يزيد، عن ابن أبي عمير ، عن جميل بن درّاج ، عن محمّد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال :« يجوز طلاق الغلام إذا كان قد عقل و صدقته و وصيّته وإن لم يحتلم »[3] .

و قد يجمع بين الأخبار بحمل مادلّ على عدم جواز طلاق الصبيّ على من لم يبلغ عشر سنين أو بلغ و لكن لا يعقل والأخبار المجوّزة على البالغ عشراً و هو يعقل، ويشكل من جهة أنّ الصبيّ قبل التمييز ليس مورداً لأخبار الطرفين كما لا يخفى و بعد التمييز مع تساوي الأفراد الباقية تحت المطلق والخارجة من جهه التقييد كيف يحكم بالنفي والإثبات بنحو بيان القانون فمع اعتبار ما دلّ على جواز طلاق الصبيّ بعد بلوغ العشر من جهة اعتماد مثل الشيخ و غيره يقع التعارض ولا يبعد الترجيح مع ما دلّ على عدم الجواز بملاحظة حديث الرّفع الشامل للأحكام التكليفيّة والوضعيّة .

لا يقال : كيف يكون الصبيّ قبل التمييز خارجاً عن مورد الأخبار وقد ذكر المجنون أيضاً في الأخبار لأنّ للجنون مراتب و لعلّ النظر إلى بعض مراتبه بحيث يكون المجنون مميّزاً ، ثمّ بعد اعتبار البلوغ لو طلّق الولي عنه لم يقع ، وادّعي عليه

(۱و۲) المصدر ج ۶ ص ۱۲۴ .

(۳) التهذيب ج ۲ ص ۲۶۸ . والاستبصار ج ۳ ص ۳۰۳ .

الاجماع واستدل عليه بالنبوي المقبول «الطلاق بيدمن أخذ بالساق» فان تم الاجماع و إلّا أمكن الخدشة بأنّ دليل الولاية له الحكومة و لذا نقول بأنّ ولاية الولي بالنسبة إلى الفاسد العقل بعد البلوغ ليس تخصيصاً للنبوي المذكور و كذا الوكالة ، والأولى الاستدلال بالأخبار الخاصّة منها ما رواه في الكافي عن الفضل بن عبد الملك قال :«سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرّجل يزوّج ابنه و هو صغير قال : لا بأس ، قلت : يجوز طلاق الأب ؟ قال : لا »(١) .

و ما رواه في التهذيب في الصحيح عن محمّد بن مسلم ، عن أبي جعفر عليهما السلام « في الصبي يتزوّج الصغيرة يتوارثان؟ قال : إذا كان أبواهما اللّذان زوجاهما فنعم ، قلت: فهل يجوز طلاق الأب ؟ قال : لا »(٢) .

و عن عبيد بن زرارة في الموثّق مثله (٣) .

و لو بلغ فاسد العقل جاز للمولى أن يطلّق عنه مع مراعاة الغبطة بناء على لزوم مراعاة الغبطة في تصرّفات الولي ولا يبعد الأخذ بالاطلاقات و عدم لزوم المراعاة غاية الأمر مراعاة عدم المفسدة لأنّ الله تعالى : لا يحبّ الفساد نعم في خصوص مال اليتيم مقتضى قوله تعالى « ولا تقربوا مال اليتيم إلّا بالّتي هي أحسن » مراعاة الغبطة و يدلّ على جواز الطلاق للولي ما رواه ثقة الاسلام والشيخ في الصحيح عن أبى خالد القمّاط قال : « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : الرّجل الأحمق الذّاهب العقل أيجوز طلاق وليّه عليه ؟ قال : ولم لا يطلّق هو ؟ قلت : لا يؤمن إن طلّق هو أن يقول غداً: لم اُطلّق أولا يحسن أن يطلّق ، قال : ما أرى وليّه إلّا بمنزلة السلطان »(٤) .

و ما رواه في الكافي والفقيه إنّ أبي خالد قال : قلت لأبى عبد الله عليه السلام : رجل يعرف رأيه مرّة و ينكر اُخرى يجوز طلاق وليّه عليه؟ قال : ماله هو لا يطلّق؟ قلت: لا يعرف حدّ الطلاق ولا يؤمن عليه إن طلّق اليوم أن يقول غداً : لم اُطلّق ؟ قال : ما

---

(١) المصدر ج ٥ ص ٤٠٠ .

(٢و٣) التهذيب ج٢ ص٢٢٠ .

(٤) والكافي ج٦ ص١٢٥ والتهذيب ج٢ ص ٢٦٨ .

أراه إلّا بمنزلة الإمام - يعنى الولي »[١].

و ما رواه في الكافي عن أبي خالد القمّاط عن أبي عبدالله عليه السلام «في طلاق المعتوه قال : يطلّق عنه وليّه فإنّي أراه بمنزلة الإمام »[٢].

و عن شهاب بن عبد ربّه قال : « قال أبو عبدالله عليه السلام : المعتوه الّذي لا يحسن أن يطلّق يطلّق عنه وليّه على السنّة - الحديث»[٣] و في المتن لايصحّ طلاق المجنون ولا السكران ولا المكره ولا المغضب مع ارتفاع القصد و يشكل حمله على ما هو الظاهر منه من ارتفاع القصد حيث إنّ الطلاق من الإيقاعات المحتاجة إلى القصد فمع عدم القصد المقوّم للإنشاء لا يناسب التعبير بعدم الصحّة كما لايخفى ، فالظاهر أنّ المراد من ارتفاع القصد ارتفاع قصد تحقّق الطلاق في الخارج نظير ماذكر في بيع المكره من أنّه غيرقاصد لوقوع ما أكره عليهفي الخارج ، فالقصد المقوّم للإنشاء متحقّقوعلىهذا صحّ اشتراط القصد في صحّة الطلاق .

و يدلّ على عدم صحّة طلاق المجنون والمكره خبر النوفليّ المتقدّم المروي في الكافي، و على عدم صحّة طلاق السكران خبر أبي بصير المتقدّم .

و يدلّ على اعتبار القصد بالمعنى المذكورورواية زرارة عن أبيعبدالله عليه السلام أنّه قال : «لا طلاق إلّا ما اُريد به الطلاق »[٤].

و رواية هشام بن سالم ، عن أبي عبد الله عليه السّلام قال : « لا طلاق إلّا لمن أراد الطلاق »[٥] .

و في رواية محمّد بن مسلم عن أبي جعفر عليهما السلام إنّه قال : « لا يقع الطلاق بإكراه ولا إجبار ، ولا على سكر ، ولا على غضب »[٦] و يمكن أن يقال في صورة الإكراه

(١) الكافي ج ۶ ص ١٢٥ . والفقيه باب طلاق المعتوه تحت رقم ٣ .
(٢) المصدر ج ۶ ص ١٢۶ .
(٣) » » ص ١٢٥ .
(۴) » » ص ۶٢ .
(۵) » » ص ۶٢ .
(۶) الفقيه باب طلاق السنة تحت رقم ۵ .

والسكر والغضب قصد تحقّق الطلاق في الخارج متحقّق ففي صورة الإكراه كثيراً لا يتوجّه المكره إلى أنّ له التفصّي بعدم القصد وكذلك في صورة الإجبار ان كان الإجبار غير الإكراه وفي صورة الغضب والسكر يتحقّق القصد المذكور، لكن المطلّق لا يتوجّه إلى الصلاح والفساد وعواقب الأمر وفي غير حال الغضب والسكر كثيراً لا يتوجّه المطلّق إلى التوالي والعواقب ولهذا يحصل الندم بعد الوقوع ومثل ما ذكر كيف يوجب الفساد إلّا أن يقال: مقتضى الأخبار المذكورة عدم صحّة الطلاق في حال السكر والغضب والإكراه وإن تحقّق قصد تحقّق الطلاق والجدّ بوقوعه في الخارج لكن هذا خلاف ما ذكروا من أنّه لو أكره على الطلاق فطلّق ناوياً يقع صحيحاً كما اختاره العلّامة في التحرير وجزم به الشهيد الثاني وعلّل بحصول اللّفظ والقصد وان القصد لا إكراه فيه عليه فلولا حصول القصد لما قصد إليه، وقيل بالبطلان وأيّد بقوله عليه السلام في رواية يحيى بن عبدالله بن الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سمعته يقول: لا يجوز الطلاق في استكراه، ولا يجوز يمين في قطيعة رحم - إلى أن قال - وإنّما الطلاق ما اُريد به الطلاق من غير استكراه ولا إضرار»[1] حيث يظهر منه أنّه مع إرادة الطلاق إن كان مع الاستكراه أو الاضرار لا يصحّ وقد يقال توضيح الأقسام المتصوّرة في الفرع المذكور أنّ الإكراه الملحوق بوقوع الطلاق قصداً إليه راضياً به.

أمّا أن لا يكون له دخل في الفعل فلا إشكال في صحّة الطلاق وكذا لو لم يكن الإكراه مستقلاً في داعي الوقوع بل هو بضميمة شيء اختيارى للفاعل وإن كان الداعي هو الإكراه، وأمّا أن يكون الفعل لا من جهة التخلّص عن الضرر المتوعّد به بل من جهة دفع الضرر اللّاحق للمكره بالكسر كمن قال له ولده: طلّق زوجتك وإلّا قتلتك أو قتلت نفسي فطلّق الوالد خوفاً من قتل الولد نفسه أو قتل الغير له إذا تعرّض لقتل والده أو كان الدّاعي على الفعل شفقة دينيّة على المكره بالكسر أو على المطلّقة أو على غيرهما ممّن يريد نكاح الزّوجة لئلّا يقع الناس في محرّم والحكم في الصورتين

(١) الكافي ج ٦ ص ١٢٧ والتهذيب ج ٢ ص ٢٦٨.

لا يخلو عن إشكال ، وإن كان الدّاعي التخلّص من الضرر لاعتقاد المكره أنّ الحذر لا يتحقّق إلّا بإيقاع الطلاق حقيقة فيوقع الطلاق قاصداً أومن جهة جهله بالحكم فزعم أنّ الطلاق يقع مع الإكراه فقصد وقوعه . والحكم في هاتين الصورتين لا يخلوعن إشكال إلّا أنّ تحقّق الإكراه أقرب .

ويمكن أن يقال : الظاهر أنّ مادلّ على عدم صحّة بيع المكره او طلاق المكره كحديث الرّفع أو الأخبار الخاصّة مورده صورة تماميّة مثل البيع أو الطلاق من جهة القصد الجدّي بالوقوع في الخارج لأنّه مع عدم القصد لم يكن الفساد من جهة الإكراه و ظاهر الأدلّة أنّ وجه الرّفع أو عدم الصحّة تحقّق الإكراه و يشهد لهذا رواية يحيى ابن عبد الله المذكورة ، فماذكر من أنّه لوطلّق ناوياً ـ الخ كأنّه فرض خارج عن الإكراه أو يشكّ في خروجه والحال أنّه هو مورد مثل رفع مااستكرهوا عليه ومورد الأدلّة الخاصّة وأمّا الصور المذكورة في التوضيح المذكور فلا إشكال في الصورة الأولى منها وأمّا صورة عدم استقلال الإكراه في الدّاعويّة فيشكل الحكم بالصحّة فيها و إلّا لزم صحّة طلاق إحدى الزّوجات المعيّنة حيث وقع الإكراه على أصل الطلاق من دون تعيين و كان التعيين باختيار الزّوج و صحّة بيع أحد المالين باختياره مع وقوع الإكراه على أصل البيع من دون تعيين ،والالتزام بالصحّة كما ترى .

و أمّا ما ذكر من الاشكال في الصورتين قبل الصورتين الأخيرتين فيمكن رفعه بعدم الفرق بين الصورتين و بين ما لو أوقع الطلاق مخافة قتل الولد نفسه أو مخافة وقوع الزّوجة أوالغير ممّن يريد ازدواجها في المحرّم من دون إكراه عن أحد فإن كان الدّاعي نفس الإكراه فلاإشكال في كون الطلاق مكرهاً عليه وإن كان مع القصد الجدّي بوقوعه و إن كان الدّاعي عدم وقوع المحذور بلا توسّط الإكراه في الدّاعويّة فالظاهر عدم صدق الإكراه وإلّا لزم بطلان بيع ماله لحفظ نفسه و عياله مع أنّه يشقّ عليه بيع مثل داره بحيث لولا جهة حفظ النفس لما أقدم على البيع و بطلان البيع كما ترى .

و أمّا الصورتان الأخيرتان فلا إشكال في صدق الإكراه فيهما وبطلان الطلاق بل مورد الأخبار صورة القصد الجدّي بالوقوع .

﴿ الرّكن الثاني في المطلّقة ، و يشترط فيها الزّوجيّة والدّوام والطهارة من الحيض والنفاس إذا كانت مدخولاً بها و زوجها حاضراً معها ، ولو كان غائباً صحّ . وفي قدر الغيبة اضطراب محصّله انتقالها من طهر إلى آخر . ولو خرج في طهر لم يقربها فيه صحّ طلاقها من غير تربّص ولو اتّفق في الحيض . والمحبوس عن زوجته كالغائب ﴾

أما اشتراط الزّوجيّة فلا إشكال فيه و تدلّ عليه الأخبار منها ما رواه في الكافي عن عبدالله بن سليمان ، عن أبيه قال : « كنّا في المسجد فدخل عليّ بن الحسين عليهما السلام ولم أثبته و عليه عمامة سوداء قد أرسل طرفيها بين كتفيه ، فقلت لرجل قريب المجلس منّي : من هذا الشيخ ؟ فقال : مالك لم تسألني عن أحد دخل المسجد غير هذا الشيخ؟ فقلت: لم أر أحداً دخل المسجد أحسن هيئة في عيني من هذا الشيخ، فقال : إنّه عليّ بن الحسين عليهما السلام . فقمت وقام الرّجل و غيره فاكتنفناه و سلّمنا عليه فقال له الرّجل : ما ترى في رجل سمّى امرأة بعينها و قال يوم يتزوّجها هي طالق ثلاثاً ثمّ بدا له أن يتزوّجها أيصلح له ذلك ؟ فقال : إنّما الطلاق بعد النكاح . قال عبدالله : فدخلت أنا و أبي على أبي عبدالله جعفر بن محمّد عليهما السلام فحدّثه أبي بهذا الحديث فقال له أبو عبدالله عليه السلام : أنت تشهد على عليّ بن الحسين عليهما السلام بهذا الحديث ؟ قال : نعم »[1] .

و منها ما رواه الصدوق في الصحيح عن حمّاد ، عن الحلبيّ ، عن أبي عبدالله عليه السلام أنّه « سئل عن رجل قال : كلّ امرأة أتزوّجها ما عاشت اُمّي فهي طالق ، فقال : لا طلاق إلّا بعد نكاح ، ولا عتق إلّا بعد ملك »[2] .

و أمّا اعتبار الدّوام في الزّوجيّة فلا خلاف فيه ظاهراً و يدلّ عليه ما دلّ على لزوم كون المحلّل ناكحاً للمطلّقة ثلاثاً بالنكاح الدّائم بملاحظة قوله تعالى « فإن طلّقها ـ الخ » حيث إنّه لا طلاق في المتعة كالصحيح أو الحسن المرويّ في الكافي عن محمّد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال : « سألته عن رجل طلّق امرأته ثلاثاً ، ثمّ تمتّع منها رجل آخر

---

(١) المصدر ج ٦ ص ٦٣ .

(٢) الفقيه باب طلاق السنة تحت رقم ٣ .

هل تحلّ للأوّل ؟ قال : لا »[1] .

و ما رواه الشيخ في التهذيب عن الصيقل عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « قلت له رجلٌ طلّق امرأته طلاقاً لاتحلّ له حتّى تنكح زوجاً غيره فيتزوّجها رجلٌ متعةً أتحلّ للأوّل ؟ قال : لا لأنّ الله تعالى يقول : «فإن طلّقها فلاتحلّ له من بعد حتّى تنكح زوجاً غيره فإن طلّقها » والمتعة ليس فيها طلاق »[2] .

و أمّا اشتراط الطهارة من الحيض والنفاس إذا كانت مدخولاً بها و زوجها حاضر معها فلا خلاف فيه ظاهراً بيننا و يدلّ عليه ما رواه الشيخ في الصحيح عن محمّد الحلبيّ قال : « قلت لأبي عبدالله عليه السلام : «الرّجل يطلّق امرأته و هي حائض ؟ قال : الطلاق على غير السنّة باطل »[3] .

و ما رواه في الكافي عن الحلبيّ قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل طلّق امرأته و هي حائض ؛ فقال : الطلاق بغير السنّة باطل »[4] .

و أمّا التقييد بكونها مدخولاً بها و حضور الزّوج معها فللأخبار الدّالّة على أنّ خمساً يطلّقن علي كلّ حال منها ما رواه في الكافي ، عن الحلبيّ في الصحيح أو الحسن عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «لا بأس بطلاق خمس على كلّ حال : الغائب عنها زوجها ، و الّتي لم تحض ، و الّتي لم يدخل بها ، والحبلى ، و الّتي قد يئست من الحيض »[5].

و ما رواه المشايخ الثلاثة عن إسماعيل بن جابر الجعفيّ عن أبي جعفر عليه السلام قال : « خمس يطلّقهن على كلّ حال : الحامل المتبيّن حملها ، و الّتي لم يدخل بها

---

(١) المصدر ج ٥ ص ٤٢٥ .

(٢) المصدر ج ٢ ص ٢٥٩ والاستبصار ج ٣ ص ٢٧٥ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٦٣ .

(٤)الكافى ج ٦ ص ٥٨ .

(٥) الكافى ج ٦ ص ٧٩ .

زوجها ، والغائب عنها زوجها ، و الّتي لم تحض ، والّتي يئست من الحيض » [1] .

وما رواه الشيخ في الصحيح عن محمّدبن مسلم و زرارة و غيرهما عن أبي‌جعفرو أبي عبدالله عليهما السلام قال : « خمسٌ يطلّقهنّ أزواجهنّ متى شاء : الحامل المستبين حملها ، والجارية الّتي لم تحض ، والمرأة الّتي قعدت من‌الحيض ، والغائب عنها زوجها ، والّتي لم يدخل بها » [2] .

ثمّ إنّه وقع الاضطراب في قدر الغيبة فالمحكيّ عن الشيخ المفيد و سلّار ، و عليّ بن الحسين‌بن بابويه و ابن أبي‌عقيل ـ قدّست أسرارهم ـ جوازطلاق الغائب إذا كانت بحيث لايمكن استعلام حالها من غير تربّص و المحكيّ عن الصدوق قدّس سرّه إذا أراد الغائب أن يطلّق‌زوجته في غيبته الّتي إذا غابها كان له أن يطلّق متى شاء أقصاه خمسة أشهر أو ستّة أشهر ، أوسطه ثلاثة أشهرو أدناه شهر ، و قال الشيخ في‌النهاية « و متى لم يكن دخل بالمرأة‌و طلّقها وقع الطلاق و إن كانت حائضاً و كذلك إن كان غائباً شهراً فساعداً وقع طلاقه إذا طلّقها و إن كانت حائضاً». وقال في موضع آخر منها : «إذا خرج إلى السفر و قد كانت طاهراً طهراً لم يقربها فيه بجماع جازله أن يطلّقها أيّ وقت شاء و متى كانت‌طاهرأطهر قد قربها فيه بجماع فلا يطلّقها حتّى يمضى ما بين‌شهر إلى ثلاثة أشهر ثمّ يطلّقها بعدذلك أيّ وقت‌شاء » فلنرجع إلى الأخبار الواردة في‌المقام و قد ذكر الأخبارالمطلقة .و منها ما رواه في الكافي في الموثّق عن إسحاق عن أبي‌عبدالله عليه السلام قال : « الغائب إذا أراد أن يطلّقها تركها شهراً » [3]

و عن حميد ، عن ابن سماعة قال : « سألت محمّدبن أبي حمزة متى يطلّق الغايب؟ قال : حدّثني إسحاق بن عمّار عن‌أبي‌عبد الله عليه السلام أو أبي‌الحسن عليه السلام قال : «إذا مضى له شهر » [4] .

---

(١) الكافى ج ٦ ص ٧٩ . والتهذيب ج٢ ص٢٦٤ والفقيه باب اللاتى يطلقن على كل حال‌تحت رقم ١ واللفظ له .

(٢) التهذيب ج٢ ص ٢٦٩ .

(٣) الكافى ج ٦ ص ٨٠ .

(٤) المصدر ج ٦ ص ٨١ .

و ما رواه الشيخ في الصحيح عن جميل بن درّاج ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « الرّجل إذا خرج من منزله إلى السفر فليس له أن يطلّق حتّى تمضي ثلاثة أشهر »(١).

وما رواه في الفقيه عن إسحاق بن عمّار في الموثّق قال : « قلت لأبي إبراهيم عليه السلام : الغائب الّذي يطلّق كم غيبته ؟ قال : خمسة أشهر او ستّة أشهر ، قلت : حدّ دون ذا ؟ قال : ثلاثة أشهر » (٢) .

و ما رواه في الكافي عن بكير في الحسن قال : « أشهد على أبي جعفر عليه السلام أنّي سمعته يقول : الغائب يطلّق بالأهلّة و الشهور » (٣)

و قد يجعل هذه الأخبار مخصّصة للأخبار المطلقة و يحمل اختلاف الأخبار المخصّصة على اختلاف النساء بحسب عاداتهنّ حيث إنّ بعضهنّ ترى الدّم في كلّ شهر مرّة و بعضهنّ في شهرين أو ثلاثة أشهر أوأزيد مرّة ، ولا يخفى الإشكال في هذا الجمع لأنّ الغالب في النساء رؤية الدّم في كلّ شهر مرّة فكيف يحمل رواية جميل بن درّاج على غير الغالب و كذا رواية إسحاق بن عمّار ، ثمّ إنّه كيف يقبل الأخبار المطلقة التخصيص مع التعبير بأنّه خمس يطلّقن على كلّ حال ، فلولا مخالفة المشهور لأمكن حمل الأخبار المخصّصة على الاستحباب و يشهد له سؤال الرّاوي في خبر إسحاق المذكور « حدّ دون ذا » و ظاهر الأخبار عدم الفرق بين صورة غيبة الزّوج و كون المرأة في حال الطهر الّذي واقعها فيه و بين كونها طاهراً في طهر لم يواقعها فيه و بين كونها في حال الحيض فمع لزوم الأخذ بالأخبار المخصّصة الظاهر جواز الاكتفاء بمضيّ شهر لموثّق إسحاق المذكور .

و قد يقال : إنّ النزاع في اعتبار المدّة و عدمها و في مقدارها على الأوّل في الغائب عنها في طهر المواقعة لمكان إرادة تعرّف الانتقال منه وعدمه لامطلقاً ضرورة عدم

(١) التهذيب ج ٢ ص٢٦٧ .

(٢) الفقيه باب طلاق الغائب تحت رقم ٢ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ٧٩ .

مدخليّة المدّة كائنة ما كانت في تعرّف حيضها وعدمه حاله .

ويمكن أن يقال : لم يظهر من الأخبار المذكورة كون العلّة تعرّف الانتقال حتّى يتوجّه ما ذكر و إن أمكن كونه حكمة ، ألا ترى اختلاف الأخبار في المدّة فمع تعرّف الانتقال لمضي شهرين لاحاجة إلى الغيبة إلى مضيّ ثلاثة أشهر أو خمسة أشهر أو ستّة أشهر .

وامّا كون المحبوس كالغائب فاستدلّ عليه بمارواه في الكافي و رواه في الفقيه في الصحيح عن عبدالرّحمن بن الحجّاج قال : « سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل تزوّجت امرأة سرّاً من أهلها وهي في منزل اهلها وقد أراد أن يطلّقها وليس يصل إليها ليعلم طمثها إذا طمثت ولا يعلم بطهرها إذا طهرت ، قال : فقال : هذا مثل الغائب عن أهله يطلّقها بالأهلّة والشهور، قلت : أرأيت إن كان يصل إليها الأحيان والأحيان لا يصل إليها فيعلم حالها كيف يطلّقها ؟ فقال : إذا مضى له شهر لا يصل إليها فيه فيطلّقها إذا نظر إلى غرّة الشهر الآخر بشهود و يكتب الشهر الّذي يطلّقها فيه و يشهد على طلاقها رجلين ، فإذا مضى ثلاثة أشهر فقد بانت منه ، و هو خاطب من الخطّاب و عليه نفقتها في تلك الثلاثة الأشهر الّتي تعتدّ فيها »[1].

و ما رواه في الكافي عن الحسن بن عليّ بن كيسان قال : « كتبت إلى الرّجل عليه السلام أسأله عن رجل له امرأة من نساء هؤلاء العامّة و أراد أن يطلّقها و قد كتمت حيضها و طهرها مخافة الطلاق ، فكتب عليه السلام يعتزلها ثلاثة أشهر و يطلّقها» .[2]

و الظاهر حمل ثلاثة أشهر في هذا الخبر و تربّص الأهلّة و الشهور في الخبر السابق محمولان على الاستحباب و كفاية شهر واحد و يشهد لها بعض الأخبار السابقة و قوله عليه السلام على المحكيّ في الخبر السابق « إذا مضى له لا يصل إليها ـ الخ» .

﴿ ويشترط رابعٌ و هو أن يطلّق في طهر لم يجامعها فيه ويسقط اعتباره في الصغيرة

(١) الكافي ج ٦ ص ٨٦ و اللفظ له و الفقيه باب طلاق السر تحت رقم ١ .

(٢) المصدر ج ٦ ص ٩٨ .

و اليائسة والحامل . أمّا المسترابة فإن تأخّرت الحيضة صبرت ثلاثة أشهر ولا يقع طلاقها قبله و في اشتراط تعيّن المطلّقة تردّدٌ ﴿.

أمّا اشتراط كون الطلاق في طهر لم يجامعها فيه الظاهر أنّه مجمع عليه و يدلّ عليه الأخبار و قيل : إنّها متواترة . فمنها ما رواه الشيخ في الصحيح عن عمر بن اُذينة عن زرارة و محمّد بن مسلم و بكير بن أعين و غيرهم عن أبي جعفر عليه السلام و عن ابنه بعد أبيه عليه السلام بصورة ما قالوا و إن لم أحفظ حروفه غير أنّه لم يسقط جمل معناه : « أنّ الطلاق الّذي أمر الله به في كتابه وسنّة نبيّه صلّى الله عليه و آله أنّ المرأة إذا ما حاضت و طهرت من حيضها أشهد رجلين عدلين قبل أن يجامعها على تطليقه » .[1]

و ما رواه في الكافي بالسند المذكور عن أبي جعفر و أبي عبدالله عليهما السلام قال : « إذا طلّق الرّجل في دم النفاس أو طلّقها بعد ما يمسّها فليس طلاقه إيّاها بطلاق» [2].

و ما رواه في الكافي ، عن ابن اُذينة في الصحيح ، عن بكير و غيره ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : « كلّ طلاق لغير العدّة فليس بطلاق أن يطلّقها و هي حائض أو في دم نفاسها أو بعد ما يغشاها قبل أن تحيض فليس طلاقها بطلاق - الحديث[3] » إلى غير ذلك من الأخبار .

و أمّا سقوط اعتبار الشرط المذكور بالنسبة إلى المذكورات في المتن فلا خلاف فيه ظاهراً و تدلّ عليه جملة من الأخبار منها ما رواه في الكافي عن الحلبيّ في الصحيح أو الحسن عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « لا بأس بطلاق خمس على كلّ حال : الغائب عنها زوجها ، والّتي لم تحض ، والّتي لم يدخل بها ، والحبلى، والّتي قد يئست [4]» وغيره من الأخبار المذكورة السابقة . وما رواه في الخصال عن حمّاد بن عثمان في الصحيح ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « خمس يطلّقن على كلّ حال : الحامل، والّتي قد يئست من المحيض

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٥٨ .

(٢) الكافي ج ۶ ص ۶٠ .

(٣) الكافي ج ۶ ص ۶١ .

(۴) الكافي ج ۶ ص ٧٩ .

و الّتي لم يدخل بها ، و الغائب عنها زوجها ، و الّتي لم تبلغ المحيض »[١].

و المذكور في غير المرويّ في الخصال « الّتي لم تحض » و الشيخ و من تأخّر عنه فهموا منه الصغيرة فجعلوها من الخمس ،واستشكل عليهم بأنّ الّتي لم تحض لاتختصّ بغير البالغة بل تشمل البالغة الّتي لم تر الدّم . واُجيب بأنّ المراد غير البالغة بملاحظة التعبير في المرويّ في الخصال بالّتي لم تبلغ المحيض .

و يمكن أنّ يقال : لاظهور للّتي لم تبلغ المحيض في خصوص غير البالغة وثانياً لا يستفاد منه نفي الحكم عن الّتي بلغت ولم تحض فإن ذكر فرد مورداً لايوجب تخصيص الحكم نعم يستفاد أنّ المراد غير البالغة ، ممّا رواه في الكافي عن عبد الرّحمن بن الحجّاج قال : « قال أبوعبدالله عليه السلام : ثلاث يتزوّجن على كلّ حال : الّتي لم تحض و مثلها لاتحيض ، قال : قلت: وماحدّها ؟ قال : إذا أتى لها أقلّ من تسع سنين، والّتي لم يدخل بها ، و الّتي قد يئست من المحيض و مثلها لا تحيض ، قال: قلت : وماحدّها ؟ قال : إذا كان لها خمسون سنة »[٢] .

و أمّا المسترابة والمراد منها من كانت في سنّ من تحيض ولاتحيض ،سواء كان عدم الحيض خلقة أو لعارض فمع تأخّر الحيضة ثلاثة أشهر صحّ طلاقها ولا يقع قبل ثلاثة أشهر ويدلّ عليه مارواه ثقة الإسلام في الصحيح عن داود بن أبي يزيد العطّار عن بعض أصحابه، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « سألته عن المرأة يستراب بها و مثلها تحمل و مثلها لاتحمل ولا تحيض وقد واقعها زوجها كيف يطلّقها أذا أراد طلاقها ؟ قال : ليمسك عنها ثلاثة أشهر ثمّ يطلّقها» [٣] .

و أمّا اشتراط تعيين المطلّقة ففيه خلاف قد يقال بالبطلان مع عدم التعيين كأن يقول : « إحدى زوجاتي طالق » أو يقول : « هذه طالق » أو هذه ، من جهة قول أبي جعفر عليه السلام في صحيح محمّد بن مسلم على المحكيّ :« إنّما الطلاق أن يقول في قبل العدّة

---

(١) المصدر ج ١ ص ٢٠.
(٢) المصدر ج ۶ ص ٨٥ .
(٣) المصدر ج ۶ ص ٩٧ .

بعد ما تطهر من حيضها قبل أن يجامعها « أنت طالق » أو «اعتدّي» يريد بذلك الطلاق و يشهد على ذلك رجلين عدلين» وصدر هذه الرّواية «أنّه سأل أباجعفر عليه السلام عن رجل قال لامرأته : أنت عليّ حرام أو بائنة أوبتّة أو بريئة أوخليّة قال : هذا كلّه ليس بشيء إنّما الطلاق - الخ »[1]

و خبر محمّد بن أحمد بن المطهّر قال : كتبت إلى أبي الحسن صاحب العسكر عليه السلام أنّي تزوّجت بأربع نسوة و لم أسأل عن أساميهنّ ثمّ إنّي أردت طلاق إحداهنّ و أتزوّج امرأة اُخرى ؟ فكتب عليه السلام إليّ : انظر إلى علامة إن كانت بواحدة منهنّ فتقول : أشهدوا أنّ فلانة الّتي بها علامة كذا وكذا هي طالق ، ثمّ تزوّج الاُخرى إذا انقضت العدّة »[2]

مضافاً إلى استصحاب بقاء النكاح المتوقّف زواله على السبب الشرعي المحتمل مد خليّة ذكر ما يقتضي التعيين لأقلّ من الشكّ في تناول العمومات الّتي لم تسق لبيان مشروعيّة مسمّى الطلاق ، و يمكن أن يقال : أمّا رواية محمّد بن مسلم الصحيحة أو الحسنة فالظاهر أنّها في مقام بطلان إيقاع الطلاق بالصيغ المذكورة فالحصر راجع إلى غير جهة التعيين و إلاّ لزم بطلان الطلاق إذا لم يقل : أنت طالق ، بل قال : هند طالق، أو زوجتي طالق مع تعيّن الزّوجة .

و أمّا الخبر الثاني فمع قطع النظر عن سنده لعلّ مراد الزّوج أن يطلّق إحداهنّ المعيّنة و طريق التعيين غالباً الاسم و لم يكن له هذا الطريق حيث قال : « لم أسأل عن أساميهنّ » فقال الإمام عليه السلام على المحكيّ :« انظر إلى علامة الخ» فلا يستفاد منه لزوم التعيين .

وأمّا الاستصحاب فمع قطع النظر عن الإشكال في جريانه في الشبهات الحكميّة يشكل جريانه من جهة شمول حديث الرّفع لكلّ ما شكّ في شرطيّته و كان بيانها راجعاً إلى الشارع إن استشكل في إطلاق الأدلّة و مع الإطلاق لا إشكال .

---

(١) المصدر ج ٦ ص ٦٩ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٢٩ .

و أمّا الإشكال من جهة إبهام المطلّقة فغير متوجّه ألا ترى أنّ الاُختين بعد حرمة الجمع بينهما في النكاح يكون المحرّم منهما ما به يتحقّق الجمع فهو إحداهما لا بعينها هذا غاية ما يمكن أن يقال و المسألة بعد محلّ الاشكال عند الأعلام .

﴿ **الركن الثالث** في الصيغة و يقتصر على طالق تحصيلاً لمورد الاتّفاق ولا يقع بخليّة ولا بريئة ، وكذا لو قال : اعتدّي . ويقع لو قال : هل طلّقت فلانة ؟ فقال : نعم و يشترط تجريده عن الشرط و الصفة . ولو فسّر الطلقة باثنين أو ثلاث صحّت واحدة و بطلت التفسير . و قيل يبطل الطلاق .و لو كان المطلّق يعتقد الثلاثة لزم ﴾ .

قد يقال : إنّ النكاح لمّا كان عصمة مستفادة من الشرع وقف زواله على رافع شرعي وسبب من جانب الشارع يوجب رفع ذلك و قد اتّفق النصّ و الفتوى على الصحّة بلفظ الطلاق بإضافته إلى لفظ يدلّ على التعيين وما عدا ذلك فيجب نفيه إلى أن يثبت دليل على صحّة الوقوع به .

و يمكن أن يقال : مرجع ما ذكر إلى استصحاب بقاء العصمة الزّوجيّة ما لم يدلّ دليل على ارتفاعها و هذا لا يختصّ بباب الطلاق بل يجري في نوع أبواب المعاملات ، فإن تمّ جريان الاستصحاب في الشبهات الحكميّة فله وجه لكنّه يتمّ لو لم يكن عموم أو إطلاق لأنّه لا مجال للأصل مع الدّليل الاجتهادي بل مع عدم الدّليل الاجتهادي أيضاً لا يبعد التمسّك بحديث الرّفع في رفع الشرطيّة أو الجزئيّة فيما كان بيانه راجعاً إلى الشرع . لكن الّذي يسهل الخطب أنّه يستفاد من الأخبار الخاصّة انحصار تحقّق الطلاق بإيقاعه بالصيغة الخاصّة و الاخبار الواردة في المقام منها ماروى في الكافي في الصحيح أو الحسن عن محمّد بن مسلم أنّه « سأل أبا جعفر عليه السلام عن رجل قال لامرأته : أنت عليّ حرام أو بائنة أو بتّة أو بريّة أو خليّة قال : هذا كلّه ليس بشيء إنّما الطلاق أن يقول لها في قبل العدّة بعد ما تطهر من حيضتها قبل أن يجامعها : أنت طالق أو اعتدّي يريد بذلك الطلاق و يشهد على ذلك رجلين عدلين »[1]

---

(١) المصدر ج ۶ ص ۶٩ .

و نقل العلامة في المختلف[١] عن البزنطي قال: روى أحمد بن محمد بن أبي نصر في كتاب الجامع عن محمد بن سماعة ، عن محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام « في رجل قال لامرأته أنت حرام أو بائنة أو بتة أو بريئة أو خلية فقال : ليس بشيء : إنما الطلاق أن يقول لها من قبل عدتها قبل أن يجامعها : أنت طالق . ويشهد على ذلك رجلين عدلين » وهذه الرواية خالية من الزيادة التي في سابقتها .

و في الكافي ، عن الحسن بن سماعة : « ليس الطلاق إلا كما رواه بكير بن أعين أن يقول لها - وهي طاهر من غير جماع - :أنت طالق ويشهد شاهدين عدلين و كل ماسوى ذلك فهو ملغى »[٢].

و في قبال ما ذكر أخبار اُخر منها خبر السكوني عن الصادق عليه السلام ، عن أبيه، عن علي عليه السلام « عن الرجل يقال له : طلقت امرأتك ؟ فيقول : نعم ، قال : قد طلقها حينئذ »[٣].

و مرسل عثمان عن أبي عبدالله عليه السلام « قلت : رجل طلق امرأته من هؤلاء ولي بها حاجة، قال : فتلقاه بعد ما طلقها وانقضت عدتها عند صاحبها فتقول له : اطلقت فلانة ؟ فا ن قال : نعم فقد صارت تطليقة على طهر ، فدعها من حين طلقها تلك التطليقة حتى تنقضي عدتها ثم تزوجها فقد صارت تطليقة بائنة »[٤]

و موثق إسحاق عنه عليه السلام أيضاً «في رجل طلق امرأته ثلاثاً فأراد رجل أن يتزوجها فكيف يصنع ؟ فقال : يدعها حتى تحيض و تطهر ، ثم يأتيه و معه رجلان شاهدان فيقول : أطلقت فلانة ؟ فا ذا قال : نعم ، تركها ثلاثة أشهر ثم خطبها إلى نفسه»[٥]

---

(١) المصدر ص ٣٠٢ . والتهذيب ج ٢ ص ٢٦٠ والاستبصار ج ٣ ص ٢٧٧ .

(٢) المصدر ج ٦ ص ٧٠ . و التهذيب ج ٢ ص ٢٦٠ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٦٠ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٤٢٣ .

(٥) المصدر ج ٥ ص ٤٢٤ .

و نحوه موثّقه الآخر و موثّق حفص بن البختري (١) عن أبي عبدالله عليه السلام.

و قد تحمل هذه الأخبار على الإقرار بالطلاق، لا أن يراد من قول «نعم» إنشاء الطلاق و لا يخفى بُعد هذا الحمل فإنّ خبر السكوني ظاهر في أنّه حين إذ يقول: «نعم» قد طلّقها.

و مرسل عثمان في تحقّق الطلاق بعد قوله: «نعم» و إن كان هذا خلاف ما هو المعروف من الالزام بما ألزموا على أنفسهم و يكفي في صحّة التزوّج الطلاق السابق و كذلك موثّق إسحاق و موثّقه الآخر و موثّق حفص بن البختري فالعمدة عدم عمل المشهور بهذه الاخبار و إلّا لأمكن الجمع بين مادلّ على الحصر و هذه الأخبار بأنّ مادلّ على الحصر، على الحصر بالإضافة إلى مثل بريّة أو بتّة أو خليّة وما يماثلها دون ما يقع مقام الطلاق ألاترى أنّه لا إشكال ظاهر في عدم لزوم بعض الخصوصيّات كلفظ أنت و عدم لزوم بعض الخصوصيّات بالنسبة إلى بعض المطلّقات أعني الخمس اللّاتي يطلّقن على كلّ حال. وقد حكي عن الشيخ وغيره وقوع الطلاق بعد سؤال و قول الرّجل «نعم» و في المتن جوّز المصنّف و استشكل في الشرايع.

و أمّا وقوعه بقول الرّجل للمرأة اعتدّي فالمشهور عدمه و إن ورد في بعض الأخبار وقوع الطلاق به ويعارضه الخبر الآخر.

و أمّا اشتراط تجريده عن الشرط و الصفة فادّعي الإجماع عليه و مثّل لعدم التجريد عن الشرط بأن يعلّق الطلاق على نحو مجيء زيد المحتمل، ولعدم التجريد عن الوصف التعليق بالمعلوم الحصول بأن يعلّق الطلاق بنحو طلوع الشمس و العمدة الإجماع المدّعى.

و أمّا الاستدلال بنصوص الحصر و منافاته لقاعدة عدم تأخّر المعلول عن علّته اذ السبب الشرعي كالسبب العقلي بالنسبة إلى ذلك فيشكل لإمكان أن يقال: نصوص الحصر ناظرة إلى الصيغة الّتي يقع به الإنشاء لا التنجيز والتعليق فتأمّل.

---

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٦٤

و امّا قاعدة عدم تأخّر المعلول عن العلّة فلم تنخرم كالايجاب المشروط فحيث لا يتوقّع منه تقدّم الوجوب بل ينظر إلى تحقّق الشرط بالنحو المذكور في الواجب المشروط فكذلك نقول في المقام .

نعم الظاهر عدم الإشكال في صحّة التعليق على الشرط الّذي علّق الصحّة عليه شرعاً كالزّوجيّة والدّوام و الطهارة عن الحيض والنفاس كما ذكر نظيره في مثل البيع و الاجارة إلّا أن يستشكل من جهة مادلّ على الحصر .

و لو فسّر الطلقة باثنتين أو ثلاث كأن يقول : أنت طالق ثلاثاً فلا إشكال في عدم وقوع اثنتين أو الثلاث و كأنّه من ضروريّات مذهب الشيعة ويدلّ عليه الأخبار منها ما رواه في الكافي ، عن زرارة في الصحيح عن أحدهما عليهما السلام قال : « سألته عن رجل طلّق امرأته ثلاثاً في مجلس واحد وهي طاهر ، قال : هي واحدة »(1)

و في الصحيح أو الحسن عن أحدهما عليهما السلام قال : « سألته عن الّذي يطلّق في حال طهر في مجلس ثلاثاً ، قال : هي واحدة» (2)

و في الصحيح عن أبي بصير الأسديّ و محمّد بن عليّ الحلبيّ ، و عمر بن حنظلة جميعاً عن أبي عبدالله عليه السلام قال :« الطلاق ثلاثاً في غير عدّة . إن كانت على طهر فواحدة و إن لم تكن على طهر فليس بشيء » (3) إلى غير ماذكر من الأخبار .

وفسّر قوله « في غير عدّة » أي إذا لم يكن للعدّة بأن يرجع في العدّة ويجامع .

و ما رواه الكلينيّ في الصحيح عن شهاب بن عبد ربّه عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث قال : « قلت: فطلّقها ثلاثاً في مقعد ؟ قال : تردّ إلى السّنة، فاذا مضت ثلاثة أشهر أو ثلاثة قروء فقد بانت منه بواحدة » (4)

و الأخبار المخالفة للأخبار المذكورة محمولة على التقيّة و المعروف وقوع الواحدة مع تكرير الصيغة ثلاثاً . و يقع الاشكال في وقوع الواحدة إن قال : « أنت

(1) و (2) المصدر ج ۶ ص ۷۱ ، والتهذيب ج ۲ ص ۲۶۴ .

(3) المصدر ج ۶ ص ۷۱ .

(4) المصدر ج ۶ ص ۱۲۵ .

طالق ثلاثاً» فالمحكي عن الشهيد في شرح الإرشاد الاستدلال بهذه الأخبار على وقوع واحدة و استشكل بأنّ المتبادر من قوله طلّق ثلاثاً أنّه أوقع الطلاق بثلاث صيغ إذ لا يصدق على من قال «سبحان‌الله عشراً» أنّه سبح الله عشر مرّات ، و يمكن أن يقال : هذا لو لم يكن متعارفاً بين الناس و مع التعارف بينهم فترك الاستفصال يقتضي وقوع الواحدة في الصورتين و قيل ببطلان الطلاق و عدم وقوع الواحدة ، و يشهد لهذا القول خبر أبي بصير ، عن أبي عبدالله عليه السلام « من طلّق ثلاثاً في مجلس فليس بشيء ومن خالف كتاب الله ردّ إلى كتاب الله تعالى » [1] و السنّة النبويّة صلى الله عليه وآله التي منها ردّ النبي صلى الله عليه وآله طلاق ابن عمر ثلاثاً فكلّ من طلّق على خلاف السنّة ردّ إليها .

و مكاتبة عبدالله بن محمد إلى أبي الحسن عليه السلام « جعلت فداك روى أصحابنا عن أبي عبدالله عليه السلام في الرّجل يطلّق امرأته ثلاثاً بكلمة واحدة على طهر بغير جماع بشاهدين أنّه يلزمه تطليقة واحدة ، فوقّع عليه السلام بخطّه أخطأ على أبي عبدالله عليه السلام إنّه لا يلزمه الطلاق و يردّ إلى الكتاب والسنّة إن شاء الله »[2] .

و خبر هارون بن خارجة عن أبي عبدالله عليه السلام المرويّ عن كتاب الخرائج قال: «قلت : إنّي ابتليت فطلّقت أهلي ثلاثاً في دفعة فسألت أصحابنا فقالوا : ليس بشيء إلّا أنّ المرأة قالت : لا أرضى حتّى تسأل أباعبدالله عليه السلام ، فقال : ارجع إلى أهلك فليس عليك شيء » [3]..

و قد يقوّى هذا القول من حيث النصوص ضرورة احتمال النصوص المزبورة أرادة من طلّق ثلاثاً بتكرّر الصيغة المصرّح به في خبر الصيرفي عن جعفر عن أبيه أنّ عليّاً عليه السلام كان يقول : « إذا طلّق المرأة قبل أن يدخل بها ثلاثاً في كلمة واحدة فقد بانت منه ولا ميراث بينهما ولا رجعة ولا تحلّ له حتّى تنكح زوجاً غيره و إن قال : هي طالق هي طالق هي طالق فقد بانت منه بالأولى وهو خاطب من الخطّاب إن شاءت نكحته نكاحاً

---

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٦٥ . والاستبصار ج ٣ ص ٢٨٧ .

(٢) الوسائل ابواب مقدمات الطلاق ب ٢٩ ج ٢٩ .

جديداً و إن شاءت لم تفعل » (١) المحمول صدره على التقيّة أو غيرها إذ هو مخالف للقولين معاً ، بل قد يقال : لو كان الحكم فيه كالصورة الأخيرة لكان المتّجه الجواب عنهما بجواب واحد و هو وقوع الطلاق إذ الحكم في الصورتين متّحد عند العامّة ولو سلّم تناول النصوص للصورتين ولو لكون ذلك متعارفاً بين العامّة إلّا أن ذلك لا يعارض التصريح بعدمه في المكاتبة السابقة .

ويمكن أن يقال : بعد ماكان المتبادر لفظ طلّق ثلاثاً فيقول الإمام على المحكيّ في خبر أبي بصير ، عن أبي عبدالله عليه السلام المذكور تكرير الصيغة كيف يحمل الأخبار الدالّة على وقوع الواحدة على صورة التكرير فالمعارضة بين الأخبار باقية فمع الأخذ بالأخبار الدالة على عدم الصحّة ولا واحدة أمكن تخصيصها بما دلّ على صحّته مع التكرير من جهة خبر أبي بصير المذكور ثانياً إلّا أن يقال: من المستبعد جداً في صورة تكرار الصيغة بطلان الأولى بحيث تكون صحّتها منوطة بعدم التكرير فيكون النظر في السؤال والجواب إلى غير هذه الصورة أو حمل ما دلّ على الفساد على وقوع الثلاثة ولو كان المطلّق يعتقد الثلاثة لزم وادّعي عليه الإجماع و يدلّ عليه خبر عبد الأعلى عن أبي عبد الله عليه السلام «سألته عن الرجل يطلّق امرأته ثلاثاً قال : إن كان مستخفاً بالطلاق ألزمته ذلك » (٢) .

و عن أبي العبّاس قال : « دخلت على أبي عبدالله عليه السلام قال : فقال لي: اروعنّي أنّ من طلّق امرأته ثلاثاً في مجلس واحد فقد بانت منه » (٣) .

وماروا في التهذيب عن جعفر بن محمّد بن عبيدالله، عن أبيه قال: « سألت أبا الحسن الرّضا عليه السلام عن تزويج المطلّقات ثلاثاً فقال لي: إنّ طلاقكم لا يحلّ لغيركم وطلاقهم يحلّ لكم لأنّكم لا ترون الثلاث شيئاً وهم يوجبونها » (٤) .

---

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٦٤ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٦٦ والاستبصار ج ٣ ص ٢٩٢ .

(٣) « ج ٢ ص ٢٦٦ .

(٤) التهذيب ج ٢ ص ٢٤٤و٢٦٦ والاستبصار ج ٢ ص ٢٩٣ .

﴿ الرّكن الرّابع في الإشهاد ولا بدّ من شاهدين يسمعانه ولا يشترط استدعائهما إلى السماع ، و يعتبر فيهما العدالة ، وبعض الأصحاب يكتفي بالإسلام ، ولو طلّق ولم يشهد ثمّ أشهد كان الأوّل لغواً ولا تقبل فيه شهادة النساء ﴾ .

لا خلاف في لزوم الإشهاد في الطلاق و يدلّ عليه الكتاب والسنّة منها قوله عليه السلام على المحكيّ في صحيحة محمّد بن مسلم « طلاق السنّة يطلّقها تطليقة يعني على طهر من غير جماع بشهادة شاهدين ـ الحديث »(١) .

و قوله عليه السلام على المحكيّ في صحيحة زرارة : « فإذا خرجت من طمثها طلّقها تطليقة من غير جماع و يشهد شاهدين على ذلك ـ الحديث »(٢) .

و قوله عليه السلام على المحكيّ في صحيحة أبي بصير « فإذا طهرت طلّقها واحدة بشهادة شاهدين ـ إلى أن قال ـ فإن طلّقها واحدة أخرى على طهر من غير جماع بشهادة شاهدين ثمّ تركها حتّى يمضي إقراؤها ـ إلى أن قال ـ أيضاً وأمّا طلاق الرّجعة فإنّه يدعها حتّى تحيض و تطهر ، ثمّ يطلّقها بشهادة شاهدين ـ الحديث »(٣) .

و في حسنة زرارة و محمّد بن مسلم و من معهما عن أبي جعفر و أبي عبدالله عليهما السلام أنّهما قالا : « و إن طلّقها في استقبال عدّتها طاهراً من غير جماع ولم يشهد على ذلك رجلين عدلين فليس طلاقه إيّاها بطلاق »(١) .

و حسنة زرارة و محمّد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال : « الطلاق لا يكون بغير شهود وأنّ الرّجعة بغير شهود ـ الحديث »(٢) .

و في رواية أبي الصباح الكنانيّ عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « من طلّق بغير

---

(١) الكافي ج ۶ ص ۶۴ . والتهذيب ج ٢ ص ٢٥٧ .

(٢) الكافي ج ۶ ص ۶۴ . الاستبصار ج ٣ ص ٢۶٨ .

(٣) المصدر ج ۶ ص ۶۶ . التهذيب ج ٢ ص ٢٥٧ .

(۴) الكافي ج ٦ ص ۶٠ .

(٥) التهذيب ج ٢ ص ٢۶١ .

شهود فليس بشيء »[١] إلى غير ذلك من الأخبار .

والظاهر أنّ اعتبار السماع من جهة عدم صدق الشهادة بدون السماع ولازم هذا عدم كفاية حضور العدلين مع عدم السماع لصمم أو غيره ، والظاهر عدم الإشكال في صدق الشهادة مع عجز المطلّق عن التلفّظ كما في طلاق الأخرس حيث لا يوجبون التوكيل بل يكتفي بإشارته فمع توجّه الشاهد الأصمّ حركة المطلّق المقارنة لإنشاء الطلاق من دون أن يسمع اللّفظ كيف لا تصدق الشهادة مع أنّه لم يظهر من أخبار المسئلة اعتبار خصوص السماع .

والظاهر عدم اعتبار استدعاء الشهادة لصدق الشهادة بدون الاستدعاء مضافاً إلى ما رواه في الكافي في الصحيح أو الحسن عن أحمد بن محمّد بن أبي نصر قال : « سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل كانت له امرأة طهرت من حيضها فجاء إلى جماعة فقال : فلانة طالق أيقع عليها الطلاق ، و لم يقل : اشهدوا ؟ قال : نعم »[٢] .

و عن صفوان بن يحيى عن أبي الحسن الرّضا عليه السلام قال : « سألته عن رجل طهرت امرأته من حيضها فقال : فلانة طالق و قوم يسمعون كلامه ولم يقل لهم اشهدوا أيقع الطلاق عليها ؟ قال : نعم هذه شهادة »[٣] .

والمحكيّ عن صاحب المدارك في شرحه للنافع اعتبار تميز الشاهدين المطلّق و المطلّقة لعدم تحقّق الإشهاد بدون ذلك مضافاً إلى ما رواه الكلينيّ عن محمّد بن أحمد ابن مطهّر قال : «كتبت إلى أبي الحسن صاحب العسكر عليه السلام إنّي تزوّجت نسوة لم أسئل عن أسمائهنّ ثمّ اُريد طلاق إحديهنّ وتزويج امرأة اُخرى؟ فكتب عليه السلام: انظر إلى علامة إن كانت بواحدة منهنّ فتقول : اشهدوا أنّ فلانة الّتي لها علامة كذا وكذا هي طالق ، ثم تزوّج الاُخرى إذا انقضت العدّة[٤]» .

---

(١) الكافي ج ٦ ص ٦٠ والتهذيب ج ٢ ص ٢٦٣ .

(٢و٣) الكافي ج ٦ ص ٧٢ والتهذيب ج ٢ ص ٢٦٣ .

(٤) تقدم ص ٥٠٥ .

و اُجيب عنه بأنّ المعرفة الاجماليّة ولو بمجرّد الاسم لابدّ منها و الزّائد عليها لادليل عليه . و أمّا الخبر المذكور فهو دليل على لزوم تعيين المطلّقة و حيث لا يعرف الأسماء فلابدّ له من التعيين بنحو آخر .

و يدلّ على عدم لزوم المعرفة التفصيليّة ما رواه في الكافي بوسائط عن أبي بصير يعني المرادي قال : « سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل يتزوّج أربع نسوة في عقدة واحدة أو قالت في مجلس واحد و مهورهنّ مختلفة قال : جائز له و لهنّ ، قلت : أرأيت إن هو خرج إلى بعض البلدان فطلّق واحدة من الأربع و أشهد على طلاقها قوماً من أهل تلك البلاد وهم لايعرفون المرأة ، ثمّ تزوّج امرأة من أهل تلك البلاد بعد انقضاء عدّة المطلّقة ، ثمّ مات بعد مادخل بها كيف يقسّم ميراثه ؟ قال : إن كان له ولد فانّ للمرأة الّتي تزوّجها أخيراً ربع ثمن ماترك و إن عرفت الّتي طلّقت بعينها و نسبها فلا شيء لها من الميراث و ليس عليها العدّة ، قال : و تقسم الثلاث النسوة ثلاثة أرباع ثمن ما ترك و عليهنّ العدّة و إن لم تعرف الّتي طلّقت من الأربع قسمن النسوة ثلاثة أرباع ثمن ماترك بينهنّ جميعاً و عليهنّ جميعاً العدّة[1] » و رواه الشيخ في الصحيح عن الحسن ابن محبوب وطريقه اليه صحيح .

و يمكن الاستدلال بترك الاستفصال في رواية أحمد بن محمّد بن أبي نصر و رواية صفوان المذكورتين .

و أمّا اعتبار العدالة في الشاهدين فهو المشهور و استدلّ عليه بظاهر قوله تعالى « و أشهدوا ذوي عدل منكم » و التقريب أنّ الخطاب للمسلمين فالاسلام مستفاد من قوله «منكم» و يبقى العدالة أمراً زائداً على الاسلام فلايكفي الاسلام . وبعد ملاحظة الأخبار الواردة في المقام لامجال للخدشة في استفادة اعتبار العدالة من قوله تعالى « و أشهدوا ـ الخ » منها قول الصادقين عليهما السلام على المحكيّ في حسنة الفضلاء « و إن طلّقها

---

(١) الكافي ج ٧ ص ١٣١ و التهذيب ج ٢ ص٢٧٥.

في استقبال عدّتها طاهر من غير جماع ولم يشهد على ذلك رجلين عدلين فليس طلاقه إيّاها بطلاق [1] ».

و قول أبي جعفر عليه‌السلام على المحكيّ في حسنة بكير و غيره «و إن طلّقها للعدّة بغير شاهدي عدل فليس طلاقه بطلاق [2]» .

و قول أمير المؤمنين عليه‌السلام على المحكيّ في رواية محمّد بن مسلم « أشهدت رجلين ذوي عدل كما أمر الله عزّ و جلّ؟ فقال : لا ، فقال : اذهب فإنّ طلاقك ليس بشيء [3]» إلى غير ذلك.

و المحكيّ عن الشيخ [4] و غيره الاكتفاء بمجرّد الإسلام و قد يستدلّ لهذا القول برواية أحمد بن محمّد بن أبي نصر البزنطيّ الحسنة قال : «سألت أبي الحسن عليه‌السلام عن رجل طلّق امرأته بعد ما غشيها بشهادة شاهدين عدلين ؟ قال : ليس هذا طلاقاً ، فقلت : جعلت فداك كيف طلاق السّنة ؟ فقال : يطلّقها إذا طهرت من حيضها قبل أن يغشاها بشهادة عدلين كما قال الله عزّ و جلّ في كتابه فإن خالف ذلك يردّ إلى كتاب الله ، فقلت له : فإن طلّق على طهر من غير جماع بشاهد وامرأتين ؟ فقال : لا تجوز شهادة النساء في الطلاق و قد تجوز شهادتهنّ مع غيرهنّ في الدّم إذا حضرته ، فقلت: فإن أشهد رجلين ناصبيّين على الطلاق أيكون طلاقاً ؟ فقال : من ولد على الفطرة اُجيزت شهادته على الطلاق بعد أن يعرف منه خيراً [5] » .

و تقريب الاستدلال بأنّه بعد ما صدّر الرّواية باشتراط شهادة عدلين ثمّ اكتفى بما ذكر يستفاد منها أنّ العدالة هي الإسلام.

و بصحيحة عبدالله بن سنان قال : «قلت للرّضا عليه‌السلام : رجل طلّق امرأته وأشهد

---

(١) تقدم ص ٥١٢ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٦١ .

(٣) المصدر ج ٦ ص ٦٠ .

(٤) راجع النهاية له .

(٥) الكافي ج ٦ ص ٦٧ و التهذيب ج ٢ ص٢٦٣ و اللفظ له .

شاهدين ناصبيّين ؟ قال : كلّ من ولد على الفطرة و عرف بصلاح في نفسه جازت شهادته [(١)] ».

وقد شدّد النكير بأنّه مع اعتبار العدالة كتاباً وسنّة كيف تجوز شهادة الناصب ؟ و يمكن أن يقال : لاظهور في الرّوايتين في جواز شهادة الناصب ولعلّ المقام نظير مالو استأذن الخادم مخدومه في دخول شخص يكون من أعداء المخدوم عليه فيقول المخدوم: ليدخل علينا من يعرف بالصلاح فهذا ليس إذناً في دخول هذا الشخص الّذي يكون من الأعداء حيث لم يرد المخدوم التّصريح بالمنع بل أراد المنع من دخول العدوّ بنحو آخر .

و أمّا الجمع بين الصدر و الذّيل في الرّواية الاُولى فإمّا بأن يكون معروفيّة الخيريّة فيها طريقاً إلى العدالة بمعنى الملكة كما جعل حضور الانسان لصلاة الجماعة أمارة العدالة في صحيح ابن أبي يعفور المذكور في تعريف العدالة ، وإمّا بنحو الحكومة و كفاية حسن الظاهر واقعاً و تظهر الثمرة في صورة انكشاف الخلاف و التفصيل مذكور في كتاب الصلاة ، و على كلّ تقدير لايستفاد من الرّوايتين كفاية مجرّد الإسلام .

ولابدّ من اجتماع شاهدين حال إنشاء الطلاق و استدلّ عليه بما رواه في الكافي في الصحيح أوالحسن عن البزنطيّ قال: «سألت أبي الحسن عليه السلام عن رجل طلّق امرأته على طهر من غير جماع و أشهد اليوم رجلاً ثمّ مكث خمسة أيّام ثمّ أشهد آخر ؟ و قال : إنّما اُمر أن يشهدا جميعاً [(٢)]»

وما رواه في التهذيب في الصحيح عن ابن بزيع ، عن الرّضا عليه السلام قال : « سألته عن تفريق الشاهدين في الطلاق؟ فقال : نعم وتعتدّ من أوّل الشاهدين ، وقال : لا يجوز حتّى يشهدا جميعاً [(٣)] » بأن يكون المراد من صدر الخبر الأداء بمعنى جواز تفريق الشاهدين

---

(١) التهذيب ج ٢ ص ٨٦ عن عبدالله بن المغيرة .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٧١ . و التهذيب ج ٢ ص ٢٦٣ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٦٢ . و الاستبصار ج ٣ ص ٢٨٥ .

في أداء الشهادة ولهذا قال من أوّلهما فإنّ إخبارها بالطلاق بعد وقوعه كاف في الشروع في العدّة. و التزويج يتوقّف على الثاني لثبوت الطلاق بذلك، و عجز الخبر يراد به التأمّل، ولا يخفى الاشكال في توجيه هذا الصحيح بالنحو المذكور فإنّ السائل لم يسئل عن كيفيّة أداء الشهادة بل الظاهر أنّ سؤاله عن تفريق الشاهدين في الشهادة المعتبرة في صحّة الطلاق و لا أقلّ من كونه المتيقّن من سؤاله ثمّ إنّ الاعتداد من زمان وقوع الطلاق لا من زمان أداء الشهادة و لعلّه يؤيّد قوله عليه السلام على المحكيّ «و تعتدّ من أوّل الشاهدين» كون النظر إلى الشهادة المعتبرة في تحقّق الطلاق و التزويج لا يتوقّف على شهادة الشاهدين بل إخبار المرأة كاف في جواز التزويج، هذا و لكنّ المعروف لزوم اجتماع شاهدين وقت إيقاع الطلاق و يدّعى ظهور الكتاب العزيز والسنّة في هذا.

و أمّا عدم قبول شهادة النساء لا منفردات و لا منضمّات فلما في رواية أحمد بن محمّد بن أبي نصر البزنطيّ المذكورة من قوله عليه السلام على المحكيّ «لا تجوز شهادة النساء في الطلاق [1]».

و صحيح الحلبيّ عن أبي عبدالله عليه السلام «سئل عن شهادة النساء في النكاح قال: تجوز إذا كان معهنّ رجل، و كان عليّ عليه السلام يقول: لا اُجيزها في الطلاق [2]» إلى غير ذلك من الأخبار.

﴿ النظر الثاني في أقسامه، و ينقسم إلى بدعة و سنّة. فالبدعة طلاق الحائض مع الدخول و حضور الزوج أو غيبته دون المدّة المشترطة و في طهر قد قربها فيه. و طلاق الثلاث المرسلة [3] و كلّه لا يقع ﴾.

بعد ما ثبت اشتراط الطلاق بخلوّ المرأة عن الحيض مع الدخول و حضور الزوج أو غيبته مع مضيّ المدّة المشترطة، و وقوعه في طهر لم يقربها فيه و اشتراط الطلاق

---

(۱) الكافي ج ۶ ص ۶۸ و التهذيب ج ۲ ص ۲۶۳.

(۲) التهذيب ج ۲ ص ۸۲.

(۳) اى طلاق الثلاث من غير رجعة بينها.

الثاني و الثالث بالوقوع بعد الرّجعة ، فالطلاق الواقع مع فقدان الشرائط لا يصحّ فايقاعه بقصد التشريع محرّم لكونه بدعة محرّمة فان كان النظر في التعبير بالبدعة إلى ماذكر فلا إشكال لكنّه لااختصاص بباب الطلاق ، وإن كان النظر إلى غيرما ذكر فلابدّ من إثبات الحرمة بالدّليل و الأدلّة على الاشتراط لاتفي بها .

﴿ و طلاق السنّة ثلاث : بائن ، و رجعيّ ، وللعدّة . فالبائن مالا يصحّ معه الرّجعة و هو طلاق اليائسة على الأظهر . ومن لم يدخل بها . و الصغيرة . والمختلعة . و المبارات مالم ترجعا في البذل . و المطلّقة ثلاثاً بينهارجعتان . و الرجعيّ : ما يصحّ معه الرّجعة و لولم يرجع . و طلاق العدّة ما يرجع فيه ويواقع ، ثمّ يطلّق فهذه تحرم في التاسعة تحريماً مؤبّداً و ما عداه تحرم في كلّ ثالثة حتّى تنكح غيره ﴾ .

لايخفى أنّ الطلاق العدّي على هذا قسم من الرّجعيّ وليس قسماً له وإن قلنا بأنّه المجموع المركّب فهو مركّب من الرّجعي والبائن و بهذا الاعتبار يصحّ أن يكون قسيماً للبائن و الرّجعي ثمّ إنّ البائن مالا يصحّ فيه الرّجعة وهوطلاق اليائسة بناء على عدم العدّة فيها مع الدّخول كما هو المشهور و من لم يدخل بها و الصغيرة و المختلعة و المبارات ما لم ترجعا في البذل ، و المطلّقة ثلاثاً بينهارجعتان سواء كان الرّجع برجع الزّوج المرأة إليه أو بعقد جديد فالنسوة المذكورة بعضها لاموجب لاعتدادها فلا رجع للزّوج حيث إنّ الرّجع في العدّة و بعضها عليها الاعتداد، لكن ليس للزّوج الرّجع في العدّة والرّجعي ما يصحّ معه الرّجعة . و طلاق العدّة فسّر بالمذكور ، يترتّب عليه التحريم الأبديّ في التاسعة منه .

و في المقام إشكال و هو أنّ تحريم التاسعة بحسب الأخبار لا اختصاص له بالعدّي المذكور و الأخبار الواردة منها ما رواه الكلينيّ ، عن زرارة بن أعين ؛ و داود بن سرحان ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « الملاعنة إذا لاعنها زوجها لم تحلّ له أبداً ، و الّذي يتزوّج المرأة فی عدّتها و هو يعلم لاتحلّ له ابداً ، و الّذی يطلّق الطلاق الّذي لاتحلّ له حتّى تنكح زوجاً غيره ثلاث مرّات لاتحلّ له أبداً ، و المحرم إذا تزوّج

وهو يعلم أنّه حرامٌ عليه لاتحلُّ له أبداً »[1] .

و في الصحيح ، عن جميل بن درّاج ، و ابراهيم بن عبدالحميد ، عن أبي عبدالله وأبي الحسن عليهما السلام قال : « إذا طلّق الرّجل المرأة فتزوّجت ثمّ طلّقهازوجها فتزوّجها الأوّل،ثمّ طلّقهافتزوّجت رجلاً [آخر] ثمّ طلّقها فتزوّجها الأوّل ثمّ طلّقها الزّوج الاوّل هكذا ثلاثاً لم تحلُّ له أبداً [2] ».

و هذان الخبران يستفاد منهما حرمة المطلّقة تسعاً من دون تقييد بكون الطلاق عدّيّاً ، و منها يستفاد منه انحصار الطلقات التسع المحرّمة أبداً بما إذا كانت الثلاث الأخيرة للسنّة كرواية أبي بصير عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «و سألته عن الّذي يطلّق ثمّ يراجع ، ثمّ يطلّق ثمّ يراجع ، ثمّ يطلّق ؟ قال عليه السلام : لاتحلُّ له حتّى تنكح زوجاً غيره فيتزوّجها رجلٌ آخر فيطلّقها على السنّة ثمّ ترجع إلى زوجها الاوّل فيطلّقها ثلاث مرّات على السنّة فتنكح زوجاً غيره فيطلّقها ثمّ ترجع إلى زوجها الاوّل فيطلّقها ثلاث مرّات على السنّة ، ثمّ تنكح فتلك الّتي لاتحلُّ له أبداً[3] » .

فان كان المراد من السنّة السنّة بالمعنى الأخصّ كما لعلّه الظاهر ، فالظاهر من هذه الرّواية عدم كفاية كون الطلقات التسع للعدّة ، و إن كان النظر إلى كون الطلاق سنّيّاً بالمعنى الأعمّ في قبال البدعي فتكون من قبيل الخبرين السابقين .

و منها مادلّ على اعتبار كون الطلقات التسع المحرّمة أبداً للعدّة كما في المرويّ عن الخصال في تعداد المحرّمات من قول الصادق عليه السلام « وتزويج الرّجل امرأة طلّقها للعدّة تسع تطليقات » وما في المحكيّ عن الفقه الرّضوي من قوله عليه السلام على المحكيّ «و أمّا طلاق العدّة فهو أن يطلّق الرّجل امرأته على طهر من غير جماع ، ثمّ يراجعها من يومه أو من غد أو متى يريد من قبل أن تستوفي قرءها و أدنى المراجعة أن يقبلها أو ينكر الطلاق فيكون إنكار الطلاق مراجعة فاذا أراد أن يطلّقها ثانية لم يجز ذلك

---

(۱) الكافي ج ۵ ص ۴۲۵ .

(۲) و (۳) المصدر ج ۵ ص ۴۲۸ . و والاخير في الخصال ج ۲ ص ۴۶ مثله .

إلّا بعد الدُّخول بها ، و إذا أراد طلاقها تربّص بها حتّى تحيض و تطهر ، ثمّ يطلّقها فإن أراد مراجعتها راجعها فإن طلّقها الثالثة فقد بانت ساعة طلّقها فلا تحلّ له حتّى تنكح زوجاً غيره فإذا انقضت عدّتها منه فتزوّجها رجل آخر فطلّقها أو مات عنها و أراد الأوّل أن يتزوّجها فعل - إلى أن قال - فإن طلّقها ثلاث تطليقات على ما وصفته لك واحدة بعد واحدة فقد بانت منه ولا تحلّ له بعد تسع تطليقات أبداً . واعلم أنّ كلّ من طلّق تسع تطليقات على ما وصفته لم تحلّ له أبداً » .

وقيل في الجمع بين الأخبار المذكورة بوجوه منها أنّ التعارض بين الرّواية الاُولى منها وبين الثانية والثالثة وإن كان بالإطلاق والتقييد إلّا أنّه بعد تعارض الثانية و الثالثة و سقوطهما عن الحجّيّة يكون إطلاق الاُولى سليماً عمّا يقيّدها .

و أورد عليه بأنّ التعارض بين الأخيرتين إنّما أوجب سقوطهما عن الحجّيّة بالنسبة إلى ما تعارضتا فيه و أمّا بالنسبة إلى ما تعاضدتا عليه من نفي الثالث فلا مانع من الأخذ بهما ، و يمكن أن يقال مضافاً إلى ما ذكر : إنّ الرّوايتين المتعارضتين لا تسقطان عن الحجّيّة بل لابدّ من الترجيح أو التخيير بحسب الأخبار فلا تبقى الاُولى سليم عن المقيّد و منها حمل السنّة في الثانية على السنّي بالمعنى الأعمّ المقابل للبدعيّ فتنطبق على الاُولى الدّالّة على الاكتفاء بمطلق الطلقات التسع في التحريم الأبدي و حينئذ لابدّ من تقييد الاُولى والثانية بالثالثة الدّالّة على اعتبار كون الطلقات التسع المحرّمة أبداً للعدّة وأورد عليه أوّلاً بأنّه كما يمكن حمل السنّة في الثانية على مقابلة البدعة كذلك يمكن حمل العدّة في الثالثة على الطلاق في طهر لم يواقعها فيه الّذي هو ابتداء العدّة على نحو قوله تعالى « فطلّقوهنّ لعدّتهنّ » كي تنطبق على الاُولى وتقيّد كلتاهما بالثانية الدّالّة على اعتبار كون الطلقات التسع المحرّمة أبداً للسنّة ولا مرجّح في البين لأحد الحملين .

ويمكن أن يقال : إن كان الحمل على السنّة في قبال البدعة و الحمل على العدّة بالمعنى المذكور ليسا مخالفين للظاهر فلا تعارض في البين حتّى يحتاج إلى التقييد ، و ثانياً نقول: حمل السنّة في الثانية على السنّة بالمعنى الأعمّ ، ثمّ تقييدها بالثالثة الدّالّة

على اعتبار كون الطلقات التسع المحرّمة للعدّة مستلزم لحمل المطلق على الفرد النادر فلابدّ من معاملة المتباينين و الرّجوع إلى المرجّحات السنديّة ، و منها أنّ الأولى بضميمة القطع بأنّ الطلاق الّذى لا تحلّ له معه حتّى تنكح زوجاً غيره هو مطلق الطلقات الثلاث ، عديّة كانت أو غيرها تكون كالصريح في الاكتفاء في الطلاق المحرّم لها أبداً بمطلق الطلقات التسع فلا يبقى المعارضة إلّا بينها و بين الثالثة الصريحة في اعتبار كون الطلقات التسع المحرّمة أبداً للعدّة و ذلك لأنّ الثانية و إن كانت ظاهرة في اعتبار كون الثلاث الأخيرة من الطلقات التسع للسنّة إلّا أنّ ظهورها في ذلك ليس بمثابة يقاوم ظهور الأولى في الإطلاق إذ ليس حمل السنّة فيها على السنّة بالمعنى الأعمّ بعيداً . و المعارضة بين الأولى و الثالثة و إن كانت بنحو الإطلاق و التقييد إلّا أنّه لا يمكن المعاملة معهما معاملة المطلق والمقيّد من جهة استلزامه لحمل المطلق على الفرد النادر ، ولا يمكن المعاملة معهما معاملة المتباينين بالرّجوع إلى المرجّحات السنديّة لأنّ الرّجوع إلى المرجّحات السنديّة فيما إذا كان المتعارضان متنافيين بتمام مدلولهما و ليسا في المقام كذلك لتوافق الطائفتين في أنّ التسع للعدّة موجبة للحرمة الأبديّة و إنّما التعارض بينهما في اعتبار خصوص كونها للعدّة في ذلك بعدم اعتباره بل لابدّ من الأخذ بما هو المتيقّن منهما و هو كون التسع للعدّة موجبة للحرمة الأبديّة والرّجوع في غيره إلى مقتضى عموم قوله تعالى «و اُحلّ لكم ماوراء ذلكم».

و يمكن أن يقال : قد سبق أنّ حمل السنّة في الثانية على السنّة بالمعنى الأعمّ المقابلة للبدعة ليس بالأولى من حمل العدّة على المعنى المراد من قوله « فطلّقوهنّ لعدّتهنّ » فما الوجه في رفع اليد عن ظهور السنّة من جهة إطلاق الاُولى و عدم رفع اليد عن ظهور العدّة ، و ثانياً ما ذكر من الأخذ بالقدر المتيقّن يوجب رفع اليد عن الحجّة الصريحة حسب ما ذكر بلا جهة لعدم شمول مادلّ على الترجيح و التخيير حسب المفروض .

و ما قد يقال من أنّ العام يكون مرجعاً ففى المقام عموم قوله تعالى « وأحلّ لكم ـ الخ » يكون مرجعاً مشكلٌ لأنّ العامّ أيضاً طرف المعارضة و ليس حاله حال

الأصل الذي لا يكون الموافق والمخالف منه مأخوذاً به في مرتبة الدليل الاجتهادي والخبر يمكن أن يخصّص العامّ الكتابي . ولا يبعد الأخذ بمجموع الأخبار المذكورة بأن يقال مفاد الرواية الأخيرة الثالثة مدخليّة كون الطلقات للعدّة ومفاد الرواية الثانية مدخليّة الطلقات الثلاث للسنّة بالمعنى الأخصّ ، ولعلّ تخصيصهما للرواية الأولى المطلقة لا يوجب حملها على الفرد النادر ، ووجه الجمع بهذا النحو أنّ مدخليّة العدّة في الحرمة الابديّة لا توجب كونها بنحو العلّة المنحصرة لعدم الدليل على الانحصار وكذلك مدخليّة السنّة في الرواية الثانية ، و إن أبيت فلا بدّ من الرجوع إلى المرجّح السنديّ أو التخيير و لا نسلّم اختصاص الترجيح والتخيير بخصوص المتنافيين بتمام المدلول و لعلّ قوله تعالى « و أُحلّ لكم - الخ » مرجّح .

و أمّا تحقّق الحرمة في كلّ ثالثة حتّى تنكح غيره فيما عدا طلاق العدّة فيدلّ عليه ما رواه الشيخ في الصحيح عن عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « قال أمير المؤمنين عليه السلام : إذا أراد الرّجل الطلاق طلّقها في قبل عدّتها بغير جماع فانّه إذا طلّقها واحدة ثمّ تركها حتّى يخلو أجلها إن شاء أن يخطب مع الخطّاب فعل فان راجعها قبل أن يخلو أجلها أو بعده كانت عنده على تطليقة ، فان طلّقها الثانية أيضاً فشاء أن يخطبها مع الخطّاب إن كان تركها حتّى يخلو أجلها و إن شاء راجعها قبل أن ينقضي أجلها ، فإن فعل فهي عنده على تطليقتين ، فإن طلّقها الثالثة فلا تحلّ له حتّى تنكح زوجاً غيره و هي ترث و تورث ما كانت في الدّم من التطليقتين الأوّلتين »[1] .

و ما رواه في الكافي والتهذيب عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام « في الرّجل يطلّق امرأته تطليقة ثمّ يراجعها بعد انقضاء عدّتها فإذا طلّقها الثالثة لم تحلّ له حتّى تنكح زوجاً غيره - الحديث »[2] .

و ما رواه في الكافي عن صفوان ، عن ابن مسكان ، عن أبي بصير ، عن أبي عبدالله

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٥٨ والكافي ج ٦ ص ٦٩ و اللفظ له .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٧٦ . والتهذيب ج ٢ ص ٢٥٩ .

عليه السّلام في المطلّقة التطليقة الثالثة لا تحلّ له حتّى تنكح زوجاً غيره و يذوق عسيلتها »[1].

و خالف في المقام ابن أبي بكير والصدوق فجعلا الخروج عن العدّة هادماً للطّلاق فله حينئذٍ نكاحها بعد الثلاث بلا محلّل.

و روى ابن بكير عن زرارة في الصحيح « سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول : الطلاق الّذي يحبّه الله تعالى والّذي يطلّقه الفقيه و هو العدل بين المرأة والرّجل أن يطلّقها في استقبال الطهر بشهادة شاهدين و إرادة من القلب ، ثمّ يتركها حتّى تمضي ثلاثة قروء فإذا رأت الدّم في أوّل قطرة من الثالثة وهوآخر قرء لأنّ الأقراء هي الأطهار فقد بانت منه و هي أملك بنفسها ، فإن شاءت تزوّجت و حلّت له بلا زوج ، فإن فعل هذا بها مائة مرّة هدم ما قبله و حلّت بلا زوج ، وإن راجعها قبل أن تملك نفسها ، ثمّ طلّقها ثلاث مرّات يراجعها و يطلّقها لم تحلّ له إلّا بزوج »[2].

و حكي عن ابن سماعة[3] أنّ الحسين بن هاشم سأل ابن بكير هل سمعت فيما ذكرته شيئاً فقال رواية رفاعة فقال له : إنّ رفاعة روى إذا دخل بينهما زوج . فقال : الزّوج و غير الزّوج عندي سواء فقال له : هل سمعت في هذا شيئاً فقال : لا هذا ممّا رزق الله من الرّأي[4] ، ولذا قال ابن سماعة على المحكي: وليس لأحد أن يأخذ بقول ابن بكير فإنّ الرّواية « إذا كان بينهما زوج» ويقرب منه المحكي عن ابن المغيرة . و مع هذا الوصف كيف يعتمد على روايته في المقام و من هنا ينقدح الشكّ في موقوفة عبد الله بن سنان الموافقة لما ذكره ابن بكير قال : « إذا طلق الرّجل امرأته فليطلّق على طهر بغير جماع بشهود فإن تزوّجها بعد ذلك فهي عنده على ثلاث و بطلت التطليقة الاولى فإن طلّقها اثنتين ثمّ كفّ عنها حتّى تمضي الحيضة الثالثة بانت منه بثنتين وهوخاطب

---

(١) المصدر ج ٦ ص ٧٦ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٥٩ .

(٣) راجع التهذيب ج ٢ ص ٢٦٠ . والكافي ج ٦ ص ٧٨ .

(٤) راجع الكافي ج ٦ ص ٧٨ .

من الخطّاب ،فان تزوّجها بعد ذلك فهي عنده على ثلاث تطليقات و بطلت الاثنتان،فان طلّقها ثلاث تطليقات على العدّة لم تحلّ له حتّى تنكح زوجاً غيره »[1] وإنّه ذكر ذلك عن ابن بكير وأصحابه أو صدر منه تقيّة .

﴿ و هنا مسائل خمسة الأولى لا يهدم استيفاء العدّة تحريم الثلاثة ، الثانية يصحّ طلاق الحامل للسنّة كما يصحّ للعدّة على الأشبه ، الثالثة يصحّ أن يطلّق ثانية في الطهر الّذي طلّق فيه و راجع فيه ولم يطأ لكن لايقع للعدّة . الرّابعة لوطلّق غائباً ثمّ حضر و دخل بها ، ثمّ ادّعى الطلاق لم تقبل دعواه ولا بيّنته و لو أولدها لحق به . الخامسة إذا طلّق الغائب و أراد العقد على اُختها أو على خامسة تربّص تسعة أشهر احتياطاً ﴾ .

قد ظهر ممّا دلّ على حرمة نكاح المطلّقة ثلاثاً على المطلّق حتّى تنكح زوجاً غيره من غير فرق بين استيفاء العدّة و وقوع الطلقة الثانية والثالثة بعد استيفاء العدّة أو قبله أنّ استيفاء العدّة ليس هادماً للتحريم و ما ذهب إليه ابن بكير لا يصحّ ، و ما رواه في هذا المقام ليس حجّة من اسناده إلى رفاعة مع نقل الخلاف منه و إن كان خبره في غير المقام حجّة .

و أمّا صحّة طلاق الحامل للسنّة بمعنى طلاقها بعد المراجعة بلا مواقعة وهو السنّيّ بالمعنى الأخصّ فمع قطع النظر عن عموم أو إطلاق الأدلّة يدلّ عليه موثّق اسحاق بن عمّار «قلت لأبي إبراهيم عليه السلام : الحامل يطلّقها زوجها ، ثمّ يراجعها ، ثمّ يطلّقها ،ثمّ يراجعها ، ثمّ يطلّقها الثالثة قال : تبين منه ولا تحلّ له حتّى تنكح زوجاً غيره»[2] .

و موثّقه الآخر عن أبي الحسن عليه السلام « سألت عن رجل طلّق امرأته وهي حامل ثمّ راجعها ، ثمّ طلقها ، ثمّ راجعها ، ثمّ طلّقها الثالثة في يوم واحد تبين منه ؟ قال : نعم[3] » مضافاً إلى غير ما ذكر .

والمحكيّ عن الشيخ في النهاية و ابنا البرّاج و حمزة عدم الجواز وربما يستظهر

---

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٥٨ .

(٢و٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٦٩ .

من مرسل ابن بكير قال : « في الرّجل تكون له المرأة الحامل و هو يريد أن يطلّقها ، قال : يطلقها إذا أراد الطلاق بعينه و يطلّقها بشهادة الشهود فإن بداله في يومه أو بعد ذلك أن يراجعها يريد الرّجعة بعينها فليراجع و ليواقع ثمّ يبدو له فيطلّق أيضاً ، ثمّ يبدوله فيراجع كماراجع أوّلا ، ثمّ يبدو له فيطلّق فهي الّتي لاتحلّ له حتّى تنكح زوجاً غيره إذا كان إذا راجع يريد المواقعة والإمساك [1] فيواقع» .

و يحمل الأخبار الدّالّة على أنّ طلاق الحامل واحدة على ما ذكر ،والأخبار الدّالة على أن طلاق الحامل واحدة منها ما رواه الشيخ في التهذيب عن الحلبيّ في الصحيح عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « طلاق الحامل واحدة و إن شاءت راجعها قبل أن تضع فان وضعت قبل أن يراجعها فقد بانت منه و هو خاطب من الخطّاب » [2] .

و عن إسماعيل بن الجعفيّ في الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام قال : « طلاق الحامل واحدة فإذا وضعت ما في بطنها فقد بانت منه » [3] .

و ما رواه في الكافي والتهذيب عن الكنانيّ عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « طلاق الحامل واحدة و عدّتها أقرب الأجلين » [4] .

و ما رواه في الفقيه والتهذيب عن محمّد بن منصور الصيقل عن أبيه عن أبى عبد الله عليه السلام « في الرّجل يطلّق امرأته و هي حبلى قال : يطلّقها قلت : فيراجعها ؟ قال : نعم يراجعها ، قلت : فإنّه بداله بعد ما راجعها أن يطلّقها ؟ قال : لا حتّى تضع [5]» إلى غير ذلك من الأخبار .

و يمكن أن يقال : أمّا المرسل المذكور فمع قطع النظر عن السند لا ظهور له فيما ذكر لأنّه لا يستفاد منه شرطيّة المواقعة للطلاق الثاني لوحدة السياق مع قوله على المحكيّ فليراجع .

(١ و ٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٦٩ . والاستبصار ج ٣ ص ٣٠٠ .

(٣) والكافى ج ٦ ص ٨١ .

(۴) الكافى ج ۶ ص ٨١ .

(٥) الفقيه باب طلاق الحامل تحت رقم ٩ ، والتهذيب ج ٢ ص ٢٦٩ .

و أمّا الاخبار المذكورة فالجمع بينها و بين ما دلّ على الجواز بلا قيد ليس جمعاً عرفيّاً بل يكون التباين بين الطرفين ولم يحرز إعراض الأصحاب عن العمل بالأخبار الحاصرة لطلاق الحامل في الطلقة الواحدة بل لعلّ نظرهم إلى الترجيح من جهة الموافقة للكتاب والسنّة ومع ذلك يشكل مع ملاحظة صحّة أسانيد الأخبار الحاصرة ، وهذه الأخبار الحاصرة كما ينفي طلاق الحامل للعدّة كذلك ينفي الطلاق للسنّة زائداً عن الواحد و ان ادّعى الاجماع على صحّته خلافاً للصدوقين - قدّس سرّاهما - .

وأمّا صحّة الطلاق ثانياً بعد الرّجعة بدون المباشرة فيدلّ عليها موثّق إسحاق ابن عمّار عن أبي الحسن عليه السلام « قلت له : رجل طلّق امرأته ثمّ راجعها بشهود ، ثمّ طلّقها ثمّ بداله فراجعها بشهود ، ثمّ طلّقها فراجعها بشهود تبين منه ؟ قال : نعم ، قلت : كلّ ذلك في طهر واحد ؟ قال : تبين منه » (١) .

و صحيحة عبد الحميد و محمّد بن مسلم « سألا أبا عبد الله عليه السلام عن الرّجل طلّق امرأته وأشهد على الرّجعة ولم يجامع ، ثمّ طلّق في طهر آخر على السنّة أثبتت التطليقة الثانية بغير جماع ؟ قال : نعم إذا هو أشهد على الرّجعة ولم يجامع كانت الطلقة ثانية [ثابتة خ ل] » (٢) .

و صحيحة البزنطيّ « سألت الرّضا عليه السلام عن رجل طلّق امرأته بشاهدين ، ثمّ راجعها ولم يجامعها بعد الرّجعة حتّى طهرت من حيضها ، ثمّ طلّقها على طهر بشاهدين أيقع عليها التطليقة الثانية وقد راجعها ولم يجامعها ؟ قال : نعم » (٣) .

و في قبالها ما يدلّ على المنع و هو أخبار منها صحيحة ابن الحجّاج عن أبي - عبدالله عليه السلام « الرّجل يطلّق امرأته له أن يراجع . وقال : لا يطلّق التطليقة الأخرى حتّى يمسّها » (٤) .

---

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٧٥ .

(٢) التذيب ج ٢ ص ٢٦٢ و الاستبصار ج ٣ ص ٢٨١ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٦٢ والاستبصار ج ٣ ص ٢٨١ .

(٤) » » » » » » » ص ٢٨٠ .

و موثّقة إسحاق بن عمّار ، عن أبي إبراهيم عليه السلام « سألته عن رجل يطلّق امرأته في طهر من غير جماع ، ثمّ يراجعها في يومه ذلك ، ثمّ يطلّقها أتبين منه بثلاث تطليقات في طهر واحد ؟ فقال : خالف السنّة ، قلت : فليس ينبغي له إذا هو راجعها أن يطلّقها إلّا في طهر آخر ؟ قال : نعم ، قلت : حتّى يجامع ؟ قال : نعم » (١) .

و رواية معلّى الخنيس عن أبي عبدالله عليه السلام « عن رجل يطلّق امرأته يطلّقها الثانية قبل أن يراجع ؟ فقال أبو عبد الله عليه السلام : لا يقع الطلاق الثاني حتّى يراجع و يجامع » (٢) .

وصحيحة أبي بصير عن أبي عبدالله عليه السلام «سألته عن طلاق السنّة - إلى أن قال : - و أمّا طلاق الرّجعة فان يدعها حتّى تحيض وتطهر ثمّ يطلّقها بشهادة شاهدين ثمّ يراجعها ويواقعها ثمّ ينتظر بها الطهر فإذا حاضت و طهرت أشهد شاهدين على تطليقة اُخرى ، ثمّ يراجعها ويواقعها ثمّ ينتظر بها الطهر فإذا حاضت وطهرت أشهد شاهدين على التطليقة الثالثة ثمّ لا تحلّ له حتّى تنكح زوجاً غيره وعليها أن تعتدّ بثلاثة قروء من يوم طلّقها التطليقة الثالثة فإن طلّقها واحدة على طهر بشهود ، ثمّ انتظر بها حتّى تحيض و تطهر ثمّ طلّقها قبل أن يراجعها لم يكن طلاقه الثاني طلاقاً لأنّه طلّق طالقاً لأنّه إذا كانت المرأة مطلّقة من زوجها كانت خارجة من ملكه حتّى يراجعها ، فإذا راجعها صارت في ملكه ما لم يطلّق التطليقة الثالثة ، فإذا طلّقها التطليقة الثالثة فقد خرج تلك الرّجعة من يده فإن طلّقها على طهر بشهود ، ثمّ راجعها وانتظر بها الطهر من غير مواقعة فحاضت و طهرت ، ثمّ طلّقها قبل أن يدنّسها بمواقعة بعد الرّجعة لم يكن طلاقه لها طلاقاً لأنّه طلّقها التطليقة الثانية في طهر الاُولى ولا ينقض الطهر إلّا مواقعة بعد الرّجعة وكذلك لا يكون الطلقة الثالثة إلّا بمراجعة ومواقعة بعد الرّجعة ، ثمّ حيض وطهر بعد الحيض ، ثمّ طلاق بشهود حتّى يكون لكلّ تطليقة طهر من تدنيس المواقعة بشهود (٣) » .

---

(١) الكافي ج ٦ ص ٧٤ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٦٢ والاستبصار ج ٣ ص ٢٨٤ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ٦٦ ، والتهذيب ج ٢ ص ٢٥٧ والاستبصار ج ٣ ص ٢٦٨ .

و قد جمع بين الطائفتين تارة بحمل رواية الجواز على طلاق السنّة الّذي هو بمعنى خلاف العدّي مستشهداً بخبر معلّى بن خنيس عن أبي عبدالله عليه السلام «الّذي يطلّق، ثمّ يراجع ، ثمّ يطلّق فلا يكون بين الطلاق و الطلاق جماع فتلك تحلّ له قبل أن تتزوّج زوجاً غيره و الّتي لا تحلّ له حتّى تنكح زوجاً غيره هي الّتي تجامع بين الطلاق (١)».

مؤيّداً بخبر أبي بصير «سألت أبا جعفر عليه السلام عن الطلاق الّذي لا تحلّ له حتّى تنكح زوجاً غيره ؟ فقال : اُخبرك بما صنعت أنا بامرأة كانت عندي أردت طلاقها فتركتها حتّى طمثت و طهرت ، ثمّ طلّقتها من غير جماع وأشهدت على ذلك شاهدين ، ثمّ تركتها حتّى إذا كادت أن تنقضي عدّتها راجعتها و دخلت بها ، و تركتها حتّى طمثت ، ثمّ طلّقتها على طهر من غير جماع بشاهدين ثمّ تركتها حتّى إذا كان قبل أن تنقضي عدّتها راجعتها و دخلت بها حتّى إذا طمثت و طهرت طلّقتها على طهر بغير جماع بشهود وإنّما فعلت ذلك لأنّه لم يكن لي بها حاجة (٢)».

واُخرى بحمل مادلّ على الجواز بشرط المواقعة على الاستحباب ، و ثالثة بنحو آخر .

ولا يخفى أنّ الجمع بالنحو الأوّل ليس جمعاً عرفيّاً بين الطائفتين لعدم مساعدة العرف عليه غاية الأمر أنّه إذا أخذ بالطرف المخالف للمخصّص يخصّص به هذا مع أنّه لا شهادة في الخبر المذكور على الحمل المذكور مع أنّه لا يلتزم المشهور به فانّ المشهور أنّ الطلقات الثلاث تكون موجبة للتحريم حتّى تنكح زوجاً غيره من دون اشتراط بالمواقعة والحمل على الاستحباب أيضاً بعيد جدّاً لاباء رواية معلّى بن خنيس المذكورة حيث قال عليه السلام على المحكيّ : لا يقع الطلاق الثاني و ليس هذا من قبيل « لا نكاح إلّا بوليّ » و كذلك صحيحة أبي بصير المذكورة حيث إنّها بصدد بيان الشروط و القيود الدّخيلة في الصحّة مع ذكر العلّة لكن المشهور شهرة عظيمة صحّة الطلاق بدون المواقعة .

---

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٦٢ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٧٥ . و التهذيب ج ٢ ص ٢٦١ .

و لوطلق غائباً ثمّ حضر ودخل بها ثمّ ادّعى الطلاق فالمعروف عدم قبول دعواه ولابيّنة لخبر سليمان بن خالد المعتضد بالعمل «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل طلّق امرأته و هو غائب و أشهد على طلاقها ، ثمقدم فأقام مع المرأة أشهراً لم يعلمها بطلاقها، ثمّ إنّ المرأة ادّعت الحبل فقال : قد طلّقتك و أشهدت على طلاقك ، فقال : يلزمه الولد و لايقبل قوله[1]» و لأنّ اعترافه متعلّق بحقّ الغير وتصرّف المسلم المنزّل على المشروع مكذّب لبيّنته .

و استشكل فيهذا الوجه بأنّ تصرّفه يحمل على المشروع حيث لايعترف بماينافيه ولذالورأيناه يجامع امرأة و اشتبه حالها لايحكم عليه بالزّنا فإذاقرّ بأنّه زانٍ يحكم عليه بمقتضاه و البيّنة مكذّبة بفعله إذا كان هوالّذي أقامها و أمّالو قامت حسبةً بماينافي فعله قبلت ، و قد يقال بعدم سماع ما اعترف به ممّا ينافي فعله إذا كان متعلّقاً بحقّ الغير و إن أخذ به في حقّه لعموم إقرار العقلاء كما أنّ ظاهر الخبر عدم سماع دعواه حتّى قامت بيّنة بمقتضاها سواءكان هو المقيم لها أم لا مؤاخذة له بفعله المقتضي ترتّب ذلك عليه فالمراد عدم سماع البيّنةالمكذّبة بالقول أو الفعل الّذي ألغاه بفعله على أن قيام البيّنة هنا حسبة مبني على أنّ المقام منها باعتبار حقّ لله تعالى فيها . و أمّا إذا قلنا إنّ ذلك من حقوق الآدميّين فلا سماع للبيّنة المكذّبة بالقول أو الفعل ، نعم قد يقال بسماعها إذا أظهر تأويلاً مسموعاً لفعله .

و يمكن أن يقال : تارة يتكلّم في المقام حسب ما يستظهر من الخبر المذكور فعلى فرض حجّيته من جهة عمل الأصحاب فالظاهر منه عدم قبول قول الرّجل فيوقوع الطلاق و لحوق الولد به ولامانع من الأخذ به و إن كان على خلاف القواعد ، واُخرى يتكلّم على حسب القواعدفلقائلأن يقول : فعلالمسلم محكومٌ على الصّحة لكنّهلايثبت الزّوجيّة و عدم وقوع الطلاق و لذا يقال : لو تكلّم أحدٌ بكلام مردّد بين الشتم و التسليم يحمل كلامه على عدم الشتم و لايثبت التسليم حتّى يجب ردّ السلام ، هذا

---

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٦٦ .

مضافاً إلى أنّه يكون الفعل محمولاً على الصحّة إذا لم يعترف الفاعل بالفساد لأنّ المدرك إن كان السيرة فالقدر المتيقّن ما لو لم يعترف بالخلاف و إن كان الأخبار يشكل شمولها لهذه الصورة و ظاهر كلمات الأصحاب لحوق الولد بحيث يترتّب عليه أحكام الاُبوّة و البنوّة و ما ذكر من أنّ الإقرار لايسمع في حقّ الغير يوجب التفكيك بأن يرثه الولد ولايرث هو .

و أمّا ما ذكر في الشهادة من قبولها فيما كان حقّاً لله تعالى دون ما كان حقّاً للناس إذا لم يكن هو مقيمها فالظاهر أنّه ليس كذلك في غير مقام المرافعة فمقتضى عموم رواية مسعدة بن صدقة قبولها فلو شكّ في ملكيّة عين لأحد يريد بيعها و ليس في يده و شهد شاهدان بالملكيّة بدون أن يقيم المدّعى البيّنة فالظاهر ترتّب الأثر على شهادتهما و لايخفى أنّه مع الأخذ بمضمون الخبر المذكور فالحكم المذكور حكم ظاهريّ والرّجل المدّعى للطلاق لابدّ له أن يعمل على طبق تكليفه . و إذا طلّق الغائب وأراد العقد على اُخت المطلّقة أو على الخامسة فالمعروف أنّه يتربّص تسعة أشهر احتياطاً و الأصل في هذا الحكم ما رواه ثقة الإسلام قدّس سرّه عن حمّاد بن عثمان في الحسن أو الصحيح قال: «قلت لأبي عبدالله عليه السلام : ما تقول في رجل له أربع نسوة طلّق واحدة منهنّ وهو غائب عنهنّ متى يجوز له أن يتزوّج ؟ قال : بعد تسعة أشهر وفيها أجلان فساد الحيض وفساد الحمل»[1] و جماعة ألحقوا بذلك تزويج الاُخت . و يمكن أن يقال : إن استفيد من قوله عليه السلام على المحكيّ و فيها أجلان الخ العليّة اتّجه الحاق نكاح الاُخت لكن يقع الاشكال من جهة أنّه مع القول بأنّ أقصى الحمل عشرة أشهر أوسنة مقتضى القاعدة التربّص إلى الأقصى و حمل الخبر على الغالب و إن كان من باب ذكر الحكمة فلا وجه لالحاق نكاح الاُخت لاختصاص النصّ بغيره فيكون تطليقه كتطليق الحاضر يتربّص مقدار ثلاثة أقراء مع العلم بعادة المرأة أو ثلاثة أشهر ، ويدلّ عليه صحيحة محمّد بن مسلم عن أبي جعفر عليهما السلام قال : قال : « إذا طلّق الرّجل امرأته و هو غائب فليشهد على ذلك فإذا مضى ثلاثة

(١) الكافي ج ٦ ص ٨٠ .

أشهر فقد انقضت عدّتها »[1] و قد يقال بتنافي هذه الصحيحة مع رواية حمّاد بن عثمان المذكورة لأنّ كليهما في طلاق الغائب ولا يعلم وجه لخصوصيّة لأحد الأربع فيستثنى من هذه القاعدة المستفادة من هذه الصحيحة و غيرها من الأخبار ولاوجه للجمع إلّا حمل الرّواية الأولى يعني رواية حمّاد على المسترابة .

و يشكل من جهة أنّه كيف يحكم بنحو القانون الكلّيّ مع اختصاص الحكم بالفرد الغير الغالب و مع احتمال كون الحكم في رواية حمّاد من باب التعبّد يؤخذ به و يكون الرّواية مخصّصة لمادلّ على التربّص بثلاثة أشهر ولامجال للتعدّي إلى نكاح الأخت و مع القطع بعدم اختصاص الحكم بنكاح أحد الأربع يكون التعارض باقياً ولاوجه للجمع المذكور .

﴿النظر الثالث في اللّواحق و فيه مقاصد: الأوّل يكره طلاق المريض ويقع لو طلّق ، و يرث زوجته في العدّة الرّجعية ، وترثه هي ولو كان الطلاق بائناً إلى سنةمالم تتزوّج أو يبرأمن مرضه ذلك﴾

أمّا كراهة طلاق المريض فيدلّ عليها ما عن عبيد بن زرارة في الموثّق قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المريض أله أن يطلّق امرأته في تلك الحال ؟ قال : لا و لكن له أن يتزوّج إن شاء فإن دخل بها ورثته و إن لم يدخل بها فنكاحه باطل [2] » .

و ما رواه في الكافي و التهذيب عن زرارة في الصحيح عن أحد هما عليهما السلام قال : « ليس للمريض أن يطلّق و له أن يتزوّج فإن هوتزوّج و دخل بها فهو جائز و إن لم يدخل بها حتّى مات في مرضه فنكاحه باطل ولا مهر لها ولاميراث [3]» .

و ظاهر هذين الخبرين كغير هما و إن كان عدم الصحّة وبطلان الطلاق لكنّه بملاحظة ماسيأتي لابدّ من الحمل على الكراهة .

(۱) المصدر ج ٦ ص ١١١ .

(۲) المصدر ج ۶ ص ۱۲۱ .

(۳) الكافي ج ۶ ص ۱۲۳ و التهذيب ج ۲ ص ۲۷۱ .

و أمّا وقوع الطلاق لو طلّق فيدلّ عليه صحيح الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام «أنّه سئل عن الرّجل يحضره الموت فيطلّق امرأته هل يجوز طلاقها ؟ قال : نعم ، وإن مات ورثته و إن ماتت لم يرثها (١)».

و امّا ثبوت التوارث بينهما في العدّة الرّجعيّة فهو المعروف و يدلّ عليه موثّق زرارة « سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرّجل يطلّق المرأة ؟ فقال : ترثه ويرثها مادام له عليها رجعة (٢)».

و صحيحته عنه أيضاً « إذا طلّق الرّجل امرأته توارثا ما دامت في العدّة فإذا طلّقها التطليقة الثالثة فليس له عليها رجعة ، ولاميراث بينهما(٣) » .

و الصحيح « أيّما امرأة طلّقت ثمّ توفّي عنها زوجها قبل أن تنقضي عدّتها ولم تحرم عليه فإنّها ترثه و تعتدّ عدّة المتوفّى عنها زوجها و إن توفّت و هي في عدّتهاو لم تحرم عليه فإنّه يرثها (٤)» .

و قد يستشكل من جهة إطلاق صحيح الحلبي المذكور حيث لم يفرّق فيه بين البائن و الرّجعي في عدم وراثة الزّوج إذا ماتت المرأة مع أنّه أخصّ من الأخبار الدّالّة على التوارث في العدّة الرّجعيّة و إن كانت الأخبار الدالّة على التوارث في خصوص الرّجعي و الصحيح المذكور أعمّ من جهة شموله للبائن و الرّجعي ، و يمكن تقييده بخصوص البائن إلّا أنّه يوجب حمل المطلق على الفرد الغير الغالب ولا يناسب ذكر المطلق بنحو ضرب القانون ، و قد يجاب بتقييد صحيح المذكور بالاخبار الدالّة على التوارث في العدّة الرّجعيّة و أنّ المراد من الصحيح مالو طلّق المريض زوجته وخرجت عن العدّة . وتارة اُخرى تقييده بالبائن ، و لايخفى الاشكال فيما ذكر فانّه و إن دلّ الدّليل على وراثة الزّوجة -مع ما ذكرمن الشرط في الاخبار- الزّوج بعد انقضاء العدّة إلّا أنّه لايرفع التعارض بين الأخبار المذكورة و الصحيح

(١) الكافي ج ٦ ص ١٢٣ والتهذيب ج ص ٢٧٠ .
(٢) الكافي ج ٧ ص ١٣٤ و التهذيب ج ٢ ص ٢٤٣ .
(٣) الفقيه كتاب المواريث باب توارث المطلق و المطلقة تحت رقم ١ .
(٤) الكافي ج ٦ ص ١٢٢ .

المذكور بل لعلّ الوراثة في العدّة كالمتيقّن و لعلّه لذا احتيج إلى التعبير بمثل « و إن انقضت عدّتها » في الأخبار الآتية و التقييد بالبائن ظهر الإشكال فيه ، فمقتضى القاعدة تقديم الصحيح المذكور في تلك الأخبار لكنّه خلاف المشهور ، و أمّا وراثتها للزّوج ولو كان الطلاق بائناً فالظاهر عدم الخلاف فيها و أنّها ترثه ما بين الطلاق و بين سنة مالم تتزوّج أو يبرأ من مرضه الّذي طلّقها فيه و يدلّ عليها النصوص المستفيضة منها مارواه في الكافي عن أبي العبّاس في الصحيح أو الحسن عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « إذا طلّق الرّجل المرأة في مرضه ورثته مادام في مرضه ذلك وإن انقضت عدّتها ، إلّا أن يصحّ منه ، قال : قلت : فان طال به المرض ؟ قال : ما بينه و بين سنة » (۱) .

و ما رواه في الكافي والفقيه عن الحذّاء و أبي الورد عن أبي جعفر عليهما السلام قال : « إذا طلّق الرّجل امرأته تطليقة في مرضه ثمّ مكثت حتّى انقضت عدّتها فإنّها ترثه ما لم تتزوّج ، فإن كانت تزوّجت بعد انقضاء العدّة فإنّها لا ترثه » (۲) .

و ما رواه في الكافي عن عبد الرّحمن بن الحجّاج في الموثّق عمّن حدّثه عن أبي-عبد الله عليه السلام « في رجل طلّق امرأته و هو مريض قال : إن مات في مرضه و لم تتزوّج ورثته و إن كانت قد تزوّجت فقد رضيت بالّذي صنع فلا ميراث لها » (۳) .

و عن عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سألته عن رجل طلّق امرأته و هو مريض حتّى مضى لذلك السنة قال : ترثه إذا كان في مرضه الّذي طلّقها فيه لم يصحّ من ذلك » (۴) .

و ما رواه في الكافي والتهذيب عن أبي العبّاس في الموثّق عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « قلت له رجلٌ طلّق امرأته و هو مريض تطليقة و قد كان طلّقها قبل ذلك تطليقتين قال : فإنّها ترثه إذا كان في مرضه ، قال : قلت و ما حدّ المرض ؟ قال : لا يزال مريضاً

(۱) الكافي ج ۶ ص ۱۲۲ و ج ۷ ص ۱۳۴ .
(۲) » » ۱۲۱ .
(۳) المصدر ج ۶ ص ۱۲۲ وج ۷ ص ۱۳۴ .
(۴) الكافي ج ۶ ص ۱۲۲ .

حتّى يموت و إن طال ذلك إلى السنة »[1] .

﴿ المقصد الثاني في المحلّل و يعتبر فيه البلوغ والوطء في القبل بالعقد الصحيح الدّائم ، و هل يهدم ما دون الثلاث ؟ فيه روايتان أشهرهما أنّه يهدم ولو ادّعت أنّها تزوّجت و دخل و طلّقت فالمرويّ القبول إذا كانت ثقة ﴾ .

يشترط في المحلّل اُمور أحدها البلوغ على المشهور خلافاً للشيخ في المبسوط والخلاف و يدلّ على المشهور ما رواه في الكافي عن عليّ بن الفضل الواسطيّ قال : «كتبت إلى الرّضا عليه السلام : رجل طلّق امرأته الطلاق الّذي لاتحلّ له حتّى تنكح زوجاً غيره فتزوّجها غلامٌ لم يحتلم ؟ قال : لا حتّى يبلغ فكتبت إليه ما حدّ البلوغ ؟ قال : ما أوجب على المؤمنين الحدود »[2] .

و ضعف الرّواية من جهة السند مجبور بعمل الأصحاب به ، و استدلّ أيضاً بما روى في عدّة أخبار عنه صلّى الله عليه وآله «حتّى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك» وهو كما في كتب اللّغة كناية عن لذّة الجماع وقيل : الإنزال وهو لايتحقّق إلّا في البالغ ، واستدلّ للشيخ بقوله تعالى « حتّى تنكح زوجاً غيره » الصادق على الكبير والصغير مع استضعاف سند الخبر و حمل الحديث النبويّ على ما يشمل المراهق لأنّ له لذّة الجماع .

و يمكن أن يقال : العمدة الخبر المذكورة المنجبر بالشهرة و إلّا فلا مانع من الأخذ بإطلاق قوله تعالى « حتّى تنكح زوجاً غيره » وأمّا دعوى الانصراف إلى الأفراد الكثيرة دون النادرة وحمل ذوق العسيلة على اللّذة الكاملة الغير الحاصلة لغير البالغ حيث لاتتحقّق إلّا بالإنزال فلايخفى مافيها من الإشكال لأنّ مجرّد الكثرة لايوجب الانصراف ولا مجال لحمل ذوق العسيلة على ما يوجب الانزال لأنّ الإنزال في المرأة غير غالب بل يكون نادراً على ما قيل فكيف يتحقّق الذوق بالنسبة إليهما ومع الإجمال واحتمال كون المراد ذوق لذّة الجماع يؤخذ بإطلاق الكتاب العزيز لأنّ الشبهة مفهوميّة فالمرجع الإطلاق .

---

(١) الكافي ج ٦ ص ١٢٢ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٧٦ .

الثاني أن يطأ المحلّل فلا يفي العقد المجرّد عن الوطي و يدلّ عليه ما دلّ على اشتراط ذوق العسيلة . ومن الأخبار الدالّة عليه ما رواه في الكافي عن أبي حاتم عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سألته عن الرّجل يطلّق امرأته الطلاق الّذي لا تحلّ له حتّى تنكح زوجاً غيره ، ثمّ تزوّج رجلاً لا يدخل بها قال : لا حتّى يذوق عسيلتها » [۱] .

و ما رواه في التهذيب عن زرارة ، عن أبي جعفر عليه السلام « في الرّجل يطلّق امرأته تطليقة ثمّ يراجعها بعد انقضاء عدّتها فإذا طلّقها الثالثة لم تحلّ له حتّى تنكح زوجاً غيره فإذا تزوّجها غيره ولم يدخل بها وطلّقها أو مات عنها لم تحلّ لزوجها الأوّل حتّى يذوق الآخر عسيلتها » [۲] .

الثالث أن يكون الوطي في القبل فلا يكفي في الدّبر وهو مستفاد من ذوق العسيلة فإنّ المرأة لا تلتذّ به بل ربما تتأذّى .

الرّابع كون الوطي موجباً للغسل بأن تغيب الحشفة أو قدرها من مقطوعها لما اعتبر في الأخبار من الدّخول بالمرأة ، واستشكل في الاكتفاء به من جهة ما دلّ على اشتراط ذوق العسيلة و هو لا يحصل بمجرّد هذا و إن كان الظاهر اتّفاقهم على الكفاية .

و يمكن أن يقال بعد اشتراط الدّخول و ذوق العسيلة لا يلزم أن يكون ذوق العسيلة من جهة خصوص الوطي حتّى يقال: لا يكفي بل يحصل اللّذة بالمقدّمات والملاعبة و يكون الوطي بهذا المقدار موجباً لتماميّة اللّذة ويتحقّق الإنزال .

الخامس كون ذلك بالعقد الدّائم فلا يكفي ملك اليمين والتحليل والنكاح متعةً و يدلّ عليه ما رواه الشيخ في التهذيب عن الصيقل عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «قلت له رجلٌ طلّق امرأته طلاقاً لاتحلّ له حتّى تنكح زوجاً غيره فتزوّجها رجلٌ متعةً أتحلّ للأوّل ؟ قال : لا لأنّ الله تعالى يقول : « فإن طلّقها فلا تحلّ له حتّى تنكح زوجاً غيره فإن طلّقها » والمتعة ليس فيها طلاق » [۳] .

---

(۱) المصدر ج ۵ ص ۴۲۵ .

(۲) التهذيب ج ۲ ص ۲۵۹ .

(۳) المصدر ج ۲ ص ۲۵۹ .

والمستفاد من هذا الخبر أنّ ما ليس فيه طلاق لا يوجب الحلّيّة سواء كان متعة أو تحليلاً أوملك يمين ، والظاهر اتّفاق الفقهاء على ما ذكر .

و أمّا هدم ما دون الثلاث بأن يكون التحليل كما يتحقّق به هدم الثلاث يتحقّق هدم ما دون الثلاث بمعنى أنّه إذا طلّق الزوّجة طلقة واحدة أو طلقتين ثمّ خرجت من العدّة و تزوّجت بغيره تزوّجاً مشتملاً على شروط التحليل ثمّ طلّقها أو مات عنها ثمّ رجعت إلى الزّوج الأوّل بعقد جديد فهل تبقى معه على ثلاث تطليقات بمعنى أنّ هذا التزويج قد هدم الطلاق الأوّل بالكلّيّة ولا يحسب تلك الطلقة أوالطلقتان أو أنّها تبقى معه على ما بقي من الثلاث بمعنى أنّ تزوّج الثاني لم يهدم الطلاق الأوّل فتبقى بعد عودها إلى الأوّل على واحدة أو اثنتين قولان و روايتان الأشهر الأوّل و يدلّ على الهدم ما رواه ثقة الإسلام في الكافي عن رفاعة في الموثّق عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « سألته عن رجل طلّق امرأته حتّى بانت منه و انقضت عدّتها ثمّ تزوّجت زوجاً آخر فطلّقها أيضاً ثمّ تزوّجها زوجها الأوّل أيهدم ذلك الطلاق الأوّل ؟ قال : نعم»[1].

و روى الشيخ في التهذيب عن رفاعة بن موسى قال : « قلت لأبي عبدالله عليه السلام رجلٌ طلّق امرأته تطليقة واحدة فتبين منه، ثمّ يتزوّجها آخر فطلّقها على السنّة فتبين منه ثمّ يتزوّجها الأوّل على كم هي عنده ؟ قال : على غير شيء ، ثمّ قال : يا رفاعة كيف إذا طلّقها ثلاثاً ثمّ تزوّجها ثانية استقبل الطلاق فإذا طلّقها واحدة كانت على اثنتين »[2] .

و ما رواه في التهذيب عن عبد الله بن عقيل بن أبي طالب عليه السلام قال : «اختلف رجلان في قضيّة إلى عليّ عليه السلام و عمر في امرأة طلّقها زوجها تطليقة أو اثنتين فتزوّجها آخر فطلّقها أومات عنها فلمّا انقضت عدّتها تزوّجها الأوّل ، فقال عمر: هي تمكث على ما بقي من الطلاق وقال أمير المؤمنين عليه السلام : سبحان الله أيهدم ثلاثاً ولايهدم واحدة»[3].

و في قبال ما ذكر أخبار اُخر منها ما رواه في الكافي في الصحيح أو الحسن و في

---

(١) الكافي ج ٦ ص ٧٧ .

(٢و٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٥٨ و ٢٥٩ .

التهذيب في الصحيح عن الحلبيّ عن أبي عبدالله عليه السلام قال: « سألته عن رجل طلّق امرأته تطليقة واحدة ، ثمّ تركها حتّى انقضت عدّتها ، ثمّ تزوّجها رجلٌ غيره ، ثمّ إنّ الرّجل مات أو طلّقها فراجعها الأوّل ؟ قال : هي على تطليقتين باقيتين » [1] .

و ما رواه في الكافي عن عليّ بن مهزيار في الصحيح قال : كتب عبد الله بن محمّد إلى أبي الحسن عليه السلام « روى بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام في الرّجل يطلّق امرأته على الكتاب والسنّة فتبين منه بواحدة فتزوّج زوجاً غيره فيموت عنها أو يطلّقها فترجع إلى زوجها الأوّل أنّها تكون عنده على تطليقتين وواحدة قد مضت؟ فوقّع عليه السلام بخطّه صدقوا . و روى بعضهم أنّها تكون عنده على ثلاث مستقبلات و أنّ تلك التطليقة ليست بشيء لأنّها قد تزوّجت زوجاً غيره ؟ فوقّع بخطّه : لا » [2] .

و ما رواه الشيخ في الصحيح عن منصور ، عن أبي عبد الله عليه السلام « في امرأة طلّقها زوجها الأوّل واحدة أو اثنتين ، ثمّ تركها حتّى تمضي عدّتها فتزوّجها غيره فيموت أو يطلّقها فيتزوّجها الأوّل ؟ قال : هي عنده على ما بقي من الطلاق » [3] .

و رواه أيضاً بسند آخر في الصحيح عن ابن مسكان عن محمّد الحلبيّ عن أبي عبدالله عليه السلام مثله [4] . إلى غير ما ذكر من الأخبار ، والمشهور لم يعملوا بهذه الأخبار مع ملاحظة صحّة السند و كثرتها والموافقة لا طلاق الكتاب أعني قوله تعالى «فإن طلّقها فلا تحلّ له حتّى تنكح زوجاً غيره » حيث أنّ المراد كما ورد في الاخبار به أنّه إذا طلّقها الثالثة وهو أعمّ من أن يتخلّل نكاح زوج غيره املا ولوادّعت المرأة أنّها تزوّجت ودخل الزّوج بها و طلّقها فالمشهور قبول قولها في ذلك و إن لم تكن ثقة .

و ربما يتمسّك بمادلّ على قبول قول المرأة إذا ادّعت أنّها لازوج لها ويشكل من جهة مغايرة المقام مع دعواها أنّها لا زوج لها بل المستفاد من رواية حمّاد الصحيحة عن أبي عبد الله عليه السلام « في رجل طلّق امرأته ثلاثاً فبانت منه فأراد مراجعتها فقال لها:

---

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٢٦ . والتهذيب ج ٢ ص ٢٥٩ .

(٢) المصدر ج ٥ ص ٤٢٦ .

(٣و٤) التهذيب ج ٢ ص ٢٥٩ .

إنّي اُريد مراجعتك فتزوّجي زوجاً غيري فقالت لي قد تزوّجت زوجاً غيرك و حلّلت لك نفسي أتصدّق و يراجعها و كيف يصنع؟ قال: إذا كانت المرأة ثقة صدّقت في قولها»[١].

وقد يحمل هذه الرّواية على الندب لعدم القائل بالشرطيّة و عدم مدخليّة الوثاقة في قبول قول المدّعي ولا يخفى الإشكال فيه لعدم تحقّق إجماع في المقام و عدم مدخليّة الوثاقة للمدّعي في مقام المرافعة عند الحاكم لا ينافي حجّيّة قول الثقة في غير مقام الترافع، ألا ترى أنّ اليد حجّة ولا يحكم الحاكم بمجرّدها بل لابدّ من اليمين حتّى يفصل الخصومة والمستفاد من الأخبار حجيّة قول الثقة وظاهر الرّواية الشرطيّة فلا مانع من الأخذ بمضمونها في المقام.

﴿المقصد الثالث في الرّجعة تصحّ نطقاً كقوله راجعت، و فعلا كالوطي والقبلة واللّمس بالشهوة، ولو أنكر الطلاق كان رجعة، ولا يجب في الرّجعة الإشهاد بل يستحبّ ورجعة الأخرس بالاشارة، وفي رواية بأخذ القناع. ولو ادّعت انقضاء العدّة في الزّمان الممكن قبل﴾.

لا خلاف في مشروعيّة الرّجعة و يدلّ عليه الكتاب والسنّة ولا خلاف أيضاً في أنّها تصحّ نطقاً كقوله راجعتك و رجعتك، ولا شكّ في أنّ الرّجعة من الايقاعات المتحقّقة بإنشاء الزّوج المطلّق و على هذا فكلّ ما يصدق عليه الرّجعة من القول والفعل إذا تحقّق قبل انقضاء العدّة في غير الطلاق البائن يوجب بقاء زوجيّة السابقة، نعم لا مانع من جعل ما لا يصدق معه الرّجعة رجعة تنزيلاً أو جعله طريقاً شرعاً إلى الرّجعة فمثل الوطي والقبلة إن كان مقروناً بقصد الرّجع يكون رجعاً و إن لم يكن مقروناً بالقصد فإن استفيد من الدّليل كفايته في تحقّق الرّجعة ليس رجعاً حقيقةً بل نزل منزلة الرّجع و إن استفيد من الدّليل ترتّب الأثر عليه مع الشكّ أمكن أن يكون من جهة الطريقيّة، فمع القطع بعدم القصد لا يكفي.

---

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٥٩.

و ممّا يدلّ على وقوع الرّجعة بالوطي ما رواه الصدوق عن الحسن بن محبوب في الصحيح عن محمّد بن القاسم قال : « قال أبو عبدالله عليه السلام : من غشي امرأته بعد انقضاء العدّة جلد الحدّ و إن غشيها قبل انقضاء العدّة كان غشيانه إيّاها رجعة » [1] .

الظاهر عدم شمول هذا الخبر صورة الغفلة والنسيان حيث إنّه لا يجلد معه الحدّ بعد انقضاء العدّة فلابدّ أن يكون مع الالتفات والتأمّل فتارة يكون بقصد الرّجع ولا إشكال في تحقّقه و اُخرى لا بقصد الرّجع بل لقضاء الشهوة بحيث لا يبالي بأيّ نحو أمكن فشمول الخبر لهذه الصورة لا يخلو عن الإشكال لاحتمال أن يكون النظر إلى عدم الحاجة في الرّجعة إلى القول كالطلاق المحتاج إلى اللّفظ الخاصّ ، و أن يكون النظر إلى حمل فعل المسلم على الصّحة ، و أن يكون فعله بقصد الرّجعة نظير بيع ذي الخيار العين المبيعة فمع عدم القصد كيف يتحقّق الرّجعة مع أنّها من الاُمور القصديّة غاية ما يقال أنّ إطلاق الخبر يشمل صورة عدم قصد الرّجع لكنّه مع ملاحظة اشتراط القصد بل ركنيته في الايقاعات كيف يؤخذ بالإطلاق مع احتمال كون النظر الى رفع توهّم لزوم اللفظ أو إلى عدم التوجّه إلى الشكّ مع احتمال عدم القصد إلى الرّجعة إلّا إن يتحقّق الاجماع على الكفاية مع عدم القصد ولو أنكر الطلاق كان إنكاره رجعة بلا خلاف ظاهراً . و يدلّ عليه صحيحة أبي ولّاد عن أبي عبدالله عليه السلام « سألته عن امرأة ادّعت على زوجها أنّها طلّقها تطليقة طلاق العدّة طلاقاً صحيحاً يعني على طهر من غير جماع و أشهد لها شهوداً على ذلك ثمّ أنكر الزّوج بعد ذلك ؟ فقال : إن كان إنكار الطلاق قبل انقضاء العدّة فإنّ إنكاره للطلاق رجعة لها و إن أنكر الطلاق بعد انقضاء العدّة فإنّ على الإمام أن يفرّق بينهما بعد شهادة الشهود بعد ما تستحلف أنّ إنكاره الطلاق بعد انقضاء العدّة و هو خاطب من الخطّاب » [2] .

و عن الفقه الرّضوي عليه السلام « وأدنى المراجعة أن يقبّلها أو ينكر الطلاق فيكون

---

(۱) الفقيه باب مايجب به التعزير والحد تحت رقم ۱۸ .

(۲) الكافي ج ۶ ص ۷۴ .

إنكار الطلاق رجعة » وقد يستظهر من ذلك عدم اعتبار قصد معنى الرّجوع في الرّجعة ضرورة أنّ إنكار أصل الطلاق مناف لقصد الرّجعة به ، ومن هنا استشكل بعضهم الحكم المزبور بأنّ الرّجعة مترتّبة علي الطلاق و تابعة له و إنكاره يقتضي إنكار التابع فلا يكون رجعة و إلّا لكان الشيء سبباً في النقيضين ، بل يكفي فيه قوله حينئذ : « هي زوجتي » .

و يمكن أن يقال : يستفاد من قوله تعالى « و بعولتهنّ أحقّ بردّهنّ » اعتبار حقيقة الرّدّ والرّدّ محتاج إلى الإنشاء فإنكار الطلاق تارة يكون باعتقاد الزّوج عدم وقوع الطلاق أصلاً و تكذيب الزّوجة في تحقّقه ، و اُخرى يكون مع اعتقاده وقوع الطلاق، ففي الصورة الثانية يرجع الإنكار إلى التمسّك بالزّوجيّة بالملازمة أوبالتضمّن و لعلّ هذا هو مراد المحقّق - قدّس سرّه - في الشرايع من قوله : كان ذلك رجعة ، لأنّه يتضمّن التمسّك بالزّوجيّة . وأمّا الصورة الاُولى فليس فيه التمسّك الإنشائي بل تخطئة لما تدعى المرأة فشمول الخبر له يحتاج إلى الالتزام بكون الانكار نزّل لمنزلة الرّجعة تعبّداً فلا مجال لدعوى أنّ الرّجعة ليست من الابقاعات المحتاجة إلى القصد و شمول الخبر لهذه الصورة بعيد لبعد خطأ الزّوج مع وقوع الطلاق .

و أمّا ما ذكر من « أنّ إنكار الطلاق إنكار التابع فلا يكون رجعة - إلخ» فيمكن أن يجاب عنه بأنّ اللازم التمسّك بالزّوجيّة بعد ما كانت متزلزلة من جهة الطلاق الرّجعي قابلة للزوال بانقضاء العدة فانكار تزلزله من جهة الطلاق لا ينافي التمسّك فلا يكون الانكار سبباً للنقيضين و مع تعليل المصنّف - قدّس سرّه - بأنّ إنكار الزّوج يتضمّن التمسّك بالزّوجيّة يشكل دعوى الاتّفاق على كون الإنكار رجعة في كلتا الصورتين .

و أمّا عدم وجوب الاشهاد في الرّجعة فلاخلاف فيه ظاهراً ، ويدلّ عليه جملة من الأخبار منها ما رواه في الكافي عن زرارة و محمّد بن مسلم في الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام قال : « إنّ الطلاق لا يكون بغير شهود و إنّ الرّجعة بغير شهود رجعة ، و لكن يشهد

بعد فهو أفضل » [1].

و عن الحلبيّ في الصحيح أو الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام « في الّذي يراجع ولم يشهد ؟ قال : يشهد أحبّ إليّ ولا أرى بالّذي صنع بأساً » [2].

و في صحيحة محمّد بن مسلم « و إنّما جعل الشهود لمكان الميراث » [3].

و إمّا استحباب الإشهاد فلما في ما ذكر من قوله عليه السلام على المحكيّ ، « فهو أفضل و يشهد أحبّ إليّ » لكنّه لم يظهر أنّ الإشهاد مستحبّ شرعيّ مولويّ أو يكون لأمر آخر من عدم وقوع التنازع في نحو الميراث كما ذكر في الصحيحة فلعلّه للإرشاد.

و أمّا تحقّق الرّجعة باشارة الأخرس فالمعروف أنّه لم يعثر فيه على رواية والمحكي عن الشيخ عليّ بن الحسين في رسالته إلى ولده : الأخرس إذا أراد أن يطلّق امرأته ألقى على رأسها قناعها يريها أنّها قد حرمت عليه و إذا أراد مراجعتها كشف القناع عنها يرى أنّها قد حلّت . و نحو ذلك في كتاب المقنع لابنه . و هذا القول قد جعله الشيخ و ابن البرّاج رواية و كذلك المحقّق في المتن أسنده إلى الرّواية ، نعم روي الكلينيّ عن السكونيّ عن الصادق عليه السلام أنّه قال : « طلاق الأخرس أن يأخذ مقنعتها فيضعها على رأسها و يعتزلها » [4].

و نصب هذا القول في الشرايع إلى الشذوذ ، و يمكن أن يقال بعد ما لم يعتبر في الرّجعة لفظ خاصّ أو فعل خاصّ فكلّ ما يصدق عليه الرّجعة يكفي ولو لم يدلّ دليل على اعتباره بالخصوص و لو ادّعت انقضاء العدّة في الزّمان الممكن أى المحتمل فالمعروف قبول قولها و مع إنكار الزّوج والترافع القول قولها مع يمينها و يدلّ على قبول قولها قول أبي جعفر عليه السلام على المحكيّ في صحيح زرارة أو حسنه « العدّة والحيض للنساء إذا ادّعت صدّقت » [5].

---

(۱) الكافى ج ۶ ص ۷۳ . والتهذيب ج ۲ ص ۲۶۱ .

(۲و۳) الكافى ج ۶ ص ۷۲ والتهذيب ج ۲ ص ۲۶۱ .

(۴) الكافى ج ۶ ص ۱۲۸ .

(۵) الكافى ج ۶ ص ۱۰۱ . والتهذيب ج ۱ ص ۱۱۳ .

و ما رواه الشيخ في الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام قال : « العدّة والحيض إلى النساء » [1] .

و روى أمين الإسلام الفضل بن الحسن الطبرسي عن الصادق عليه السلام في قوله تعالى « ولا يحلّ لهنّ أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهنّ » قال : قد فوّض الله إلى النساء ثلاثة أشياء : الحيض والطهر والحمل » .

و غير ما ذكر من النصوص الدّالة على تصديقها وقد يقال : إنّ مقتضى الإطلاق عدم الفرق بين دعوى المعتاد و غيره لكن قرّب في اللّمعة عدم قبول دعوى غير المعتاد من المرأة إلّا بشهادة أربع نساء مطّلعات على باطن أمرها ناسباً له إلى ظاهر الرّوايات ففي التهذيب مسنداً عن أمير المؤمنين صلوات الله عليه أنّه قال : في امرأة ادّعت أنّها حاضت في شهر واحد ثلاث حيض أنّه كلّفوا نسوة من بطانتها هل كان حيضها فيما مضى على ما ادّعت فإن شهدن صدّقت و إلّا فهي كاذبة » [2] .

و عن الشيخ حمله على التهمة جمعاً بين الأخبار ، و استشكل بأنّ الخبر المذكور معارض بالأصحّ سنداً و أكثر عدداً .

و يمكن أن يقال : مقتضى الأخبار المذكورة تصديق قولها إلّا أنّه إذا ادّعت ما يوثق بخلافه ـ والوثوق طريق عند العقلاء ـ فشمول الأخبار لهذه الصورة بدعوى إطلاقها لها مشكلٌ ألا ترى أنّ القائلين بوجوب الاحتياط في أطراف الشبهة المقرونة بالعلم الإجمالي يفرّقون بين الشبهة المحصورة و غير المحصورة ، والظاهر أنّ الوجه في عدم لزوم الاحتياط ليس إلّا موهونيّة الاحتمال لا لزوم الحرج أو غيره ممّا يرخّص به عدم الاحتياط ولعلّ التعبير في كلام المصنّف ـ قدّس سرّه ـ «في الزّمان الممكن» لا يشمل هذه الصورة فتأمّل .

﴿ المقصد الرّابع في العدد ، والنظر في فصول : الأوّل لا عدّة على من لم يدخل بها عدى المتوفّى عنها زوجها ، ونعني بالدّخول الوطي قبلاً أو دبراً ولا تجب بالخلوة

---

(١) التهذيب ج ٢ ص . . .

(٢) التهذيب ج ١ ص ١١٣ .

الثاني في المستقيمة الحيض ، وهي تعتدّ بثلاثة أطهار على الأشهر إذا كانت حرّة ، و إن كانت تحت عبد . وتحتسب بالطهر الّذي طلّقها فيه ولو حاضت بعد الطلاق بلحظة ، وتبين برؤية الدّم الثالث . و أقلّ ما تنقضي به عدّتها ستّة و عشرون يوماً ولحظتان ، وليست الأخيرة من العدّة بل دلالة الخروج ✻ .

لا عدّة على الزّوجة الغير المدخول بها سواء بانت بطلاق أو فسخ إلّا المتوفّى عنها زوجها إتّفاقاً ، و يدلّ عليه من الكتاب العزيز في الطلاق قوله عزّ وجلّ : « إذا نكحتم المؤمنات ثمّ طلّقتموهنّ من قبل أن تمسّوهنّ فما لكم عليهنّ من عدّة تعتدّونها » .

و من الأخبار في ذلك ما رواه في الكافي والتهذيب عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال : «سألته عن الرّجل إذا طلّق امرأته ولم يدخل بها ، فقال : قد بأنت منه و تتزوّج من ساعتها إن شاءت »[1] .

و ما رواه في الكافي في الصحيح عن زرارة ، عن أحدهما عليهما السلام « في رجل تزوّج امرأة بكراً ، ثمّ طلّقها قبل أن يدخل بها ثلاث تطليقات في كلّ شهر تطليقة ؟ قال : بانت منه في التطليقة الأُولي و اثنتان فضل و هو خاطب يتزوّجها متى شاءت و شاء بمهر جديد قيل له فله أن يراجعها إذا طلّقها تطليقة واحدة قبل أن تمضي ثلاثة أشهر قال : لا إنّما كان يكون له أن يراجعها او كان دخل بها أوّلاً و أمّا قبل أن يدخل بها فلا رجعة له عليها فقد بأنت منه ساعة طلّقها »[2] .

و عن الحلبيّ في الصحيح أو الحسن عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « إذا طلّق امرأته قبل أن يدخل بها فليس عليها عدّة تتزوّج من ساعتها و بينهما تطليقة واحدة وإن كان فرض لها مهراً فلها نصف ما فرض »[3] .

---

(۱) الكافي ج ۶ ص ۸۴ والتهذيب ج ۲ ص ۲۶۷ .

(۲) الكافي ج ۶ ص ۸۴ .

(۳) الكافي ج ۶ ص ۸۳ .

ولا خلاف ظاهراً في أنّ المراد بالدّخول الوطي قبلاً أو دبراً وطياً موجباً للغسل و استدلّ على ذلك بقول أبي عبدالله عليه السلام في حسنة الحلبيّ « في رجل دخل بامرأته إذا التقى الختانان وجب المهر والعدّة » (١) و بهذا المضمون أخبار اُخر (٢).

و في الصحيح عن عبدالله بن سنان ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سأله أبي و أنا حاضر عن رجل تزوّج امرأة فأدخل عليه فلم يمسّها ولم يصل إليها حتّى طلّقها هل عليها عدّة منه ؟ قال : إنّما العدّة من الماء ، قيل له : و إن كان يواقعها في الفرج ولم ينزل ؟ فقال : إذا أدخله وجب المهر والغسل والعدّة » (٣).

و في الموثّق ، عن يونس بن يعقوب عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « سمعته يقول : لا يوجب المهر إلّا الوقاع في الفرج » (٤).

و قد يستشكل في شمول الأخبار الوطي في الدّبر و ما في خبر عبد الله بن سنان المذكور من التعليق على الإدخال في الفرج منصرف إلى الافراد الشايعة لا النادرة ، و يمكن أن يقال : بعد ما كان المتكلّم في مقام البيان لا بدّ من ظهور كلامه بحيث يرتفع الشبهة وليس كلّ غلبة و شيوع يرتفع منه الشبهة ، و بعبارة اُخرى لا بدّ أن يكون الانصراف بمنزلة التقييد اللّفظي وليس المقام من هذا القبيل مع أنّه ورد في بعض الأخبار أنّه أحد المأتيين.

و استشكل أيضاً في صورة انصباب المنى في الفرج بدون إدخال من جهة أنّ الأصل في الاعتداد التحرّز عن اختلاط المياه و من جهة ترتّب العدّة على الوطي و الدّخول.

و يمكن أن يقال : لا مانع من الأخذ بقوله عليه السلام على المحكيّ في صحيح عبد الله بن سنان « إنّما العدّة من الماء » والظاهر أنّ الحصر إضافيّ في قبال عدم المسّ

---

(١) الكافي ج ٦ ص ١٠٩ .

(٢) راجع الكافي ج ٦ ص ١٠٩ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٠٩ .

(٤) المصدر ج ٦ ص ١٠٩ بدون ذكر « في الفرج » .

يوجه فلا ينافيه قوله بعد ذلك « إذا أدخله وجب المهر والغسل والعدّة » لمنع استفادة العلّيّة المنحصرة من القضيّة الشرطيّة بل لازم استفادة العلّيّة المنحصرة في المقام لغوية مدخليّة الماء في العدّة هذا مضافاً إلى أنّ مقتضى قوله تعالى « وأولات الأحمال أجلهنّ أن يضعن حملهنّ ثبوت العدّة مع الحمل » وقد يستشكل في المقام بأنّ الآية إنّما يراد منها بيان مدّة العدّة للحامل لا أنّ المراد منه بيان و جوب العدّة على الحامل .

و يمكن أن يقال : إذا ثبت الإطلاق في مدّة العدّة للحامل يثبت أصل العدّة بالملازمة و لعلّ هذا نظير استدلال الإمام عليه السلام على المحكيّ بقوله تعالى « فإن طلّقها ـ الخ » لانحصار المحلّل في الناكح بالنكاح الدائم .

و أمّا ثبوت العدّة للمتوفّى عنها زوجها ولو لم تكن مدخولاً بها فسيأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى .

و أمّا عدم ثبوت العدّة بمجرّد الخلوة فلما ذكر في كتاب النكاح من توجيه الأحكام الحاكمة بكون الخلوة كالدخول ، ثمّ إنّه بعد ثبوت العدّة فمع كون المرأة مستقيمة الحيض تعتدّ بثلاثة أقراء و هي الاطهار على الأشهر إذا كانت حرّة ، سواء كانت تحت حرّ أو تحت عبد ، والعمدة في المقام الأخبار الواردة في تفسير القرء و إن كان القرء يستعمل في الطهر والحيض بحسب اللّغة . والأخبار الدالّة على أنّها الأطهار منها ما رواه زرارة عن أبي جعفر عليه السلام في الحسن قال : « الأقراء هي الأطهار » [1].

فما رواه في الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام قال : « القرء ما بين الحيضتين » [2].

و عن محمّد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام مثله [3].

و عن زرارة في الصحيح أو الحسن قال : « سمعت ربيعة الرأي يقول : إنّ من رأيي أنّ الأقراء الّتي سمّى الله عزّ وجلّ في القرآن إنّما هو الطهر فيما بين الحيضتين فقال : كذب لم يقله برأيه و لكنّه إنّما بلغه عن عليّ عليه السلام ، فقلت : أصلحك الله كان عليّاً عليه السلام يقول ذلك ؟ فقال : نعم إنّما القرء الطهر تقرء فيه الدّم فتجمعه فإذا

(١و٢و٣) الكافي ج ٦ ص ٨٩ .

جاء الحيض دفقه » (١) .

و في المروي عن مجمع البيان و تفسير العياشي عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام «أنّ عليّاً صلوات الله عليه كان يقول: إنّما القرء الطهر يقرء فيه الدّم فتجمعه فإذا جاء الحيض قذفته ، قلت : رجل طلّق امرأته من غير جماع بشهادة عدلين ؟ قال : إذا وقعت في الحيضة الثالثة انقضت عدّتها و حلّت للأزواج ، قلت : أهل العراق يروون أنّ عليّاً عليه السلام يقول : إنّه أحقّ برجعتها ما لم تغتسل من الحيضة الثالثة « فقال : كذبوا » .

و في قبال ما ذكر أخبار اُخر منها ما رواه الشيخ في التهذيب في الصحيح عن الحلبيّ ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « عدّة الّتي تحيض و يستقيم حيضها ثلاثة أقراء و هي ثلاث حيض » (٢) . وعن أبي بصير وهو المرادي في الصحيح مقطوعاً مثله (٣) .

و عن القدّاح في الموثّق عن أبي عبد الله ، عن أبيه عليهما السلام قال : قال عليّ عليه السلام : « إذا طلّق الرّجل المرأة فهو أحقّ بها ما لم تغتسل من الثالثة » (٤) .

و عن إسحاق بن عمّار ، عمّن حدّثه ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « جاءت امرأة إلى عمر فسألته عن طلاقها قال : اذهبي إلى هذا فاسأليه - يعني عليّاً عليه السلام - فقالت لعليّ عليه السلام : إنّ زوجي طلّقني ؟ قال : غسلت فرجك ؟ قال : فرجعت إلى عمر فقال : أرسلتني إلى رجل يلعب ، قال : فردّه إليه مرّتين كلّ ذلك ترجع و تقول : يلعب ، قال : فقال لها : انطلقي إليه فإنّه أعلمنا ، قال : فقال لها عليّ عليه السلام : غسلت فرجك ؟ قالت : لا ، قال : فزوجك أحقّ ببضعك ما لم تغسلي فرجك » (٥) .

---

(١) الحيض في اللغة بمعنى السيلان والقرء بمعنى الجمع ، و لما كان الدم في أيام الطهر ساكناً غير سيال و يجمع الرحم هذا الدم و يدفقه في زمان الحيض سمي حيضاً فظهر عدم اشتراك القرء في الحيض والطهر فاستعمال القرء بمعنى الحيض مجاز . والخبر في الكافي ج ٦ ص ٨٩ .

(٢و٣) الاستبصار ج ٣ ص ٣٣٠ ، والتهذيب ج ٢ ص ٢٨٤ .

(٤و٥) التهذيب ج ٢ ص ٢٨٤ والاستبصار ج ٣ ص ٣٢٩ .

وعن محمّد بن مسلم في الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام «في الرّجل يطلّق امرأته تطليقة على طهر من غير جماع يدعها حتّى تدخل في قرئها الثالث و يحضر غسلها ثمّ يراجعها و يشهد على رجعتها ، قال : هو أملك بها ما لم تحلّ لها الصلاة» (١) .

والمشهور حمل هذه الأخبار على التقيّة و قد ذكر في بعض الأخبار تكذيب ما ينسب إلى عليّ صلوات الله عليه . هذا إذا كانت المرأة حرّة ولو كان تحت عبد لماسيجيىء إن شاء الله تعالى من أنّ عدّة الأمة قرءان .

و أمّا احتساب الطهر الّذي وقع فيه الطلاق فلما دلّ على أنّ الدّخول في الحيضة الثالثة موجب للخروج عن العدّة ولا يتصوّر ذلك إلّا باحتساب الطهر الّذي وقع فيه الطلاق .

و أمّا انقضاء العدّة بستّة وعشرين يوماً ولحظتين فلإمكان وقوع الطلاق في لحظة الطهر و رؤية دم الحيض ثلاثة أيّام أقلّ أيّام الحيض وحصول الطهر بعد الثلاثة عشرة أيّام أقلّ الطهر ، ورؤية الدّم ثلاثة أيّام ثمّ الطهر عشرة أيّام ثمّ رؤية الدّم لحظة واللّحظة الأخيرة بملاحظة الدّلالة على تماميّة الطهر الأخير وليس الدّاخلة لماثبت من أنّ الأقراء الأطهار ليس غير .

﴿ الثالث في المسترابة و هي الّتي لا تحيض وفي سنّها من تحيض ، وعدّتها ثلاثة أشهر . و هذه تراعى الشهور والحيض و تعتدّ بأسبقهما . أمّا لو رأت في الثالث حيضة و تأخّرت الثانية أو الثالثة صبرت تسعة أشهر لاحتمال الحمل ثمّ اعتدّت بثلاثة أشهر ، و في رواية عمّار تصبر سنة ثمّ تعتدّ بثلاثة أشهر ﴾ .

أمّا المسترابة الّتي لا تحيض و هي في سنّ من تحيض فعدّتها ثلاثة أشهر و هذه تراعى الشهور والحيض و تعتدّ بأسبقهما و استدلّ بعموم قوله تعالى «واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدّتهنّ ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن» و فسّر اللائي يئسن من المحيض باللائي لاتدرون لكبر ارتفع حيضهنّ أم لعارض لأنهنّ لو كنّ

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٨٤ والاستبصار ج ٣ ص ٣٣١ .

في سنّ من لاتحيض لم يكن للارتياب معنى ، والأخبار منها ماروا في الكافي والتهذيب في الحسن أو الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام « أمران أيّهماسبق بانت به المطلقةالمسترابة تستريب الحيض إن مرّت بها ثلاثة أشهر بيض ليس فيها دم بانت به ، وإن مرّت به ثلاث حيض ليس بين الحيضتين ثلاثة أشهر بانت بالحيض » قال ابن أبي عمير : « قال جميل : و تفسير ذلك أن مرّت بها ثلاثة أشهر إلّا يوماً فحاضت ثمّ مرّت بها ثلاثة أشهر إلّا يوماً فحاضت ثمّ مرّت بها ثلاثة أشهر إلّا يوماً فحاضت فهذه تعتدّ بالحيض على هذا الوجه ولا تعتدّ بالشهور ، وإن مرت بها ثلاثة أشهر بيض لم تحض فيها فقد بانت » (١) .

و ما رواه في الكافي عن زرارة في الموثّق عن أحدهما عليهما السلام قال : « أيّ الأمرين سبق إليها فقد انقضت عدّتها إن مرّت ثلاثة أشهر لاترى فيهادماً فقد انقضتعدّتهافان مرّت ثلاثة أقراء فقد انقضتعدّتها » (٢) إلى غير ما ذكر من الأخبار .

أمّا لو رأت في الشهر الثالث حيضة و تأخّرت الحيضة الثانية أو الثالثة فالمشهور أنّها صبرت تسعة أشهرلاحتمال الحمل ثمّ اعتدّت بثلاثة أشهر والأصل في هذا الحكم ما رواه الشيخ في التهذيب عن سورة بن كليب قال : « سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل طلّق امرأته تطليقة على طهر من غير جماع طلاق السنّة و هى ممّن تحيض فمضى ثلاثة أشهر فلم تحض إلّا حيضة واحدة ، ثمّ ارتفعت حيضتها حتّى مضت ثلاثة أشهر اُخرى و لم تدر ما رفع حيضها قال : إذا كانت شابّة مستقيمة الطمث فلم تطمث في ثلاثة أشهر إلّا حيضة ثمّ ارتفع طمثها فلا تدرى ما رفعها فانّها تتربّص تسعة أشهر من يوم طلّقها ثمّ تعتد بعد ذلك ثلاثة أشهر ثمّ تتزوّج إن شاءت » (٣) ثمّ إنّ هذه الرّواية و إن كانت تخالف الأخبار السابقة الدّالّة على أنّ الشهور والحيض أيّهما سبق بانتالمرأة لكنّها أخصّ من تلك الأخبار و لهذا يؤخذ بمضمونها ؛ و لكنّه استشكل في تعميمها من جهة اختصاصها بخصوص مستقيمة الحيض دون غيرها فلا بدّ من الاقتصار عليها .

---

(١) الكافي ج ٦ ص ٩٨ والتهذيب ج ٢ ص ٢٨٢ .

(٢) المصدر ج ٦ ص ١٠٠ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٨١ .

ويمكن أن يقال وجه الأخصّيته إذا كان جهة استقامة الحيض فلابدّ من اختصاص مورد تلك الأخبار بغير صورة استقامة الحيض ولعلّه لا يخلو من البعد لأنّ دم الحيض طبيعيّ بحيث يكون انقطاعه خلاف الطبيعة فلعلّ الغالب فيه الاستقامة ولا أقلّ من كون صورة عدم الاستقامة غير الغالب فكيف يحمل الأخبار الواردة بعنوان القانون الكلّي على غير الغالب و أمّا ما في المتن من الصبر تسعة أشهر فبعيد من جهة أنّ الحمل يستبين بأقلّ من هذه المدّة فكيف يحمل الخبر المذكور على هذا. وأمّا رواية عمّار عن الصادق عليه السلام «أنّه سئل عن رجل عقد امرأة شابّة و هي تحيض كلّ شهرين أو ثلاثة أشهر حيضة واحدة كيف يطلّقها زوجها؟ فقال: أمرها شديد تطلّق طلاق السنّة تطليقة واحدة على طهر من غير جماع بشهود، ثمّ تترك حتّى تحيض ثلاث حيض متى حاضت فإذا حاضت ثلاثاً فقد انقضت عدّتها، قيل له: و إن مضت سنة ولم تحض فيها ثلاث حيض؟ قال: إذا مضت سنة ولم تحض ثلاث حيض يتربّص بها بعد السنة ثلاثة أشهر ثمّ قد انقضت عدّتها، قيل: فإن مات أو ماتت؟ فقال: أيّهما مات ورث صاحبه ما بينه و بين خمسة عشر شهراً»[1] فالظاهر أنّه لم يعمل بمضمونها، و حكي عن الاستبصار حملها على ضرب من الندب والاحتياط، و يشكل من جهة أنّه كيف يؤخذ بما في ذيلها من الوراثة ما بينه و خمسة عشر شهراً مع انقضاء العدّة واقعاً.

﴿ولا عدّة على الصغيرة ولا اليائسة على الأشهر، و في حدّ اليأس روايتان أشهرهما خمسون سنة ولو رأت المطلّقة الحيض مرّة ثمّ بلغت اليأس أكملت العدّة بشهرين، ولو كانت لا تحيض إلّا في خمسة أشهر أو ستّة اعتدّت بالأشهر﴾.

المعروف أنّه لا عدّة على الصغيرة مع الدّخول بها ولا على اليائسة و يدلّ عليه أخبار منها حسنة زرارة عن الصادق عليه السلام «في الصبية الّتي لا تحيض مثلها و الّتي قد يئست من المحيض ليس عليهما عدّة و إن دخل بهما»[2].

وموثّقة عبد الرّحمن بن الحجّاج عنه عليه السلام «ثلاث يتزوّجن على كلّ حال: الّتي

---

(۱) الكافي ج ۶ ص ۹۸.

(۲) الكافي ج ۶ ص ۸۵ و التهذيب ج ۲ ص ۲۸۷.

لم تحض و مثلها لا تحيض ، قلت : و ما حدّها ؟ قال : إذا أتى لها أقلّ من تسع سنين و الّتي لم يدخل بها ، والّتي قد يئست من المحيض ومثلها لاتحيض ، قلت : وماحدّها؟ قال : إذا كان لها خمسون سنة » [١] .

و صحيح حمّاد بن عثمان « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الّتي يئست من المحيض و الّتي لا تحيض مثلها ؟قال : ليس عليهما عدّة » [٢] .

و حسنة محمّد بن مسلم « سألت (سمعت خ ل) أبا جعفر عليه السلام « يقول في الّتي يئست من المحيض يطلّقها زوجها ، قال : بانت منه ولا عدّة عليها » [٣] .

و حسنة محمّد بن مسلم عنه أيضاً « الّتي لا تحبل مثلها لا عدّة عليها » [٤] .

و تعيين حدّ اليأس بخمسين سنة هنا يخالف التحديد المذكور في باب الحيض حيث فصّل بين غير القرشيّة والقرشيّة و حدّد في القرشيّة بستّين ، و لعلّ التحديد المذكور هنا محمولٌ علي الغالب ، و لعلّ الغالب في القرشيّة أيضاً فيهذه الأعصارحصول اليأس بعد بلوغ خمسين سنة .

و في قبال ما ذكر أخبار اُخر منها مضمرة أبي بصير «عدّة الّتى لم تبلغ المحيض ثلاثة أشهر و الّتي قد قعدت من المحيض ثلاثة أشهر » [٥] .

و خبر ابن سنان عن الصادق عليه السلام « في الجارية الّتي لم تدرك الحيض يطلّقها زوجها بالشهور » [٦] .

و خبر هارون بن حمزة الغنوي « سألته عنجارية طلّقت ولم تحض بعد فمضىلها شهران ثمّحاضت أتعتدّ بالشهرين ؟ قال: نعموتكملعدّتها شهراً ، قال :فقلت: أتكمل

---

(١) الكافى ج ٦ ص ٨٥ .

(٢و٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٦٨ . والكافى ج ٦ ص ٨٥ .

(٤) التهذيب ج ٢ ص ٢٦٨ . والكافى ج ٦ ص ٨٥ .

(٥) الكافى ج ٦ ص ٨٥ والتهذيب ج ٢ ص ٢٦٨ .

(٦) التهذيب ج ٢ ص ٢٨٧ .

عدّتها بحيضة ؟ فقال : لا ، بل بشهر يمضي آخر عدّتها على ما يمضى عليه أوّلها »[1]
إلى غير ما ذكر من الأخبار .

و الظاهر عدم العمل بهذه الأخبار والمخالف في المسئلة السيّد المرتضى و غيره و استدلّ بقوله « واللّائي يئسن من المحيض ـ الخ ـ » بحمل الارتياب على الجهل بالحكم مؤيّداً بما روي في سبب نزول الآية أنّ أبيّ بن كعب قال : يا رسول الله إنّ عدداً من عدد النساء لم تذكر في الكتاب الصغار والكبار و اُولات الأحمال ، فأنزل الله تعالى الآية فكان هذا دالاًّ على أنّ المراد من الارتياب ماذكرنا لا الارتياب بأنّها آيسة لأنّه تعالى قد قطع في الآية على اليأس من المحيض والمشكوك في حالها والمرتاب في أنّها تحيض أو لا تحيض لا تكون آيسة على أنّه لوكان المراد ذلك لكان حقّه أن يقول: إن ارتبتنّ لأنّ المرجع في ذلك إليهنّ و لمّا قال « إن ارتبتم » علم إرادة الارتياب بالمعنى الّذي ذكرنا .

و اُجيب بأنّه خلاف الظاهر من التعبير بالارتياب إذ لو كان ذلك المراد لكان المناسب التعبير بالجهل على أنّ جميع الأحكام واردة على حال الجهل بهافيكون حينئذ لافائدة فيه ، وخبر أبيّ مع أنّه مقدوح فيه بأنّه إن صحّ لزم تقدّم عدّة ذوات الأقراء مع أنّها إنّما ذكر في البقرة و هي مدنيّة و تلك الآية في الطلاق وهي مكّيّة في المشهور لا تعيين في غير البالغة واليائسة ، وما حكاه عن جمهور المفسّرين في تفسير الآية معارض بما في المحكيّ عن مجمع البيان في تفسيرها قال : فلاتدرون لكبرارتفع حيضهنّ أم لعارض فعدّتهنّ ثلاثة أشهر و هنّ اللّواتي أمثالهنّ يحضن لأنّهنّ لوكنّ في سنّ من لا تحيض لم يكن للارتياب معنى ، وهذا هو المرويّ عن ائمّتنا عليهم السلام ففي الصحيح أو الحسن عن الحلبيّ عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سألته عن قول الله عزّ وجلّ « إن ارتبتم ماالرّيبة فقال: مازاد على شهر فهو ريبة ، فلتعتدّ ثلاثة أشهر ولتترك الحيض ، و ما كان في الشهر

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٨٨ .

لم يزد في الحيض على ثلاث حيض فعدّتها ثلاث حيض » (١) .

قال الشيخ - رحمه الله تعالى - : الوجه فيه أنّه إن تأخّر الدّم عن عادتها أقلّ من الشهر فليس لريبة الحمل بل ربما كان لعلّة فلتعتدّ بالأقراء فإن تأخّر الدّم شهراً فإنّه يجوز أن يكون للحبل فتعتدّ ثلاثة أشهر ما لم تر فيها دماً .

و يمكن أن يقال : ممّا يبعّد حمل الارتياب على الجهل بالحكم أنّ ظاهر القضيّة الشرطيّة مدخليّة الشرط في الجزاء ولا نرى في المقام مدخليّة للجهل بالحكم لثبوت الاعتداد بثلاثة أشهر ، ونظر جمهور المفسّرين بلا استناد إلى قول المعصوم أو قرينة حاليّة أو مقاليّة مع عدم الظهور اللّفظي ما معنى حجيّته ، فبعد ورود الأخبار و عدم العمل بالأخبار المعارضة لا مجال للعدول عن المشهور .

و لو رأت المطلّقة الحيض مرّة ثمّ بلغت اليأس أكملت العدّة بشهرين بلا خلاف ظاهراً لخبر هارون بن حمزة عن أبي عبدالله عليه السلام « في امرأة طلّقت و قد طعنت في السنّ فحاضت حيضة واحدة ، ثمّ ارتفع حيضها؟ قال : تعتدّ بالحيض وشهرين مستقبلين فإنّها قد يئست من المحيض » (٢) .

و لو كانت لا تحيض إلّا في خمسة أشهر أو ستّة أشهر اعتدّت بالأشهر دون الأقراء بلا خلاف ظاهراً و يدلّ عليه خبر أبي بصير عن الصادق عليه السلام « إنّه قال في المرأة الّتي يطلّقها زوجها و هي تحيض كلّ ثلاثة أشهر حيضة ، فقال : إذا انقضت ثلاثة أشهر انقضت عدّتها يحسب لها لكلّ شهر حيضة » (٣) .

و خبر أبي مريم عنه عليه السلام أيضاً « عن الرّجل كيف يطلّق امرأته و هي تحيض في كلّ ثلاثة أشهر حيضة واحدة ؟ قال : يطلّقها تطليقة واحدة في غرّة شهر فإذا انقضت ثلاثة أشهر من يوم طلاقها فقد بانت منه و هو خاطب من الخطّاب » (٤) .

---

(١) الكافي ج ٦ ص ١٠٠ والتهذيب ج٢، ص ٢٨٢ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٠٠ . والتهذيب ج ٢ ص٢٨٣ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ٩٩ . والاستبصار ج ٣ ص ٣٢٥ .

(٤) الاستبصار ج ٣ ص ٣٢٤ والتهذيب ج ٢ ص ٢٨٢ .

و من المعلوم كون المراد من حيضها في كلّ ثلاثة أشهر بعدها .

و في صحيح ابن مسلم عن أحدهما عليهما السلام « أنّه قال في الّتي تحيض في كلّ ثلاثة أشهر مرّة أو في ستّة أو في سبعة أشهر و المستحاضة الّتي لم تبلغ المحيض و الّتي تحيض مرّة ويرتفع مرّة و الّتي لا تطمع في الولد و الّتي قد ارتفع حيضها و زعمت أنّها لم تيأس و الّتي ترى الصفرة من حيض ليس بمستقيم . فذكر أنّ عدّة هؤلاء كلّهنّ ثلاثة أشهر » (١) .

و قد سبق ما دلّ من الأخبار على الاعتداد بأسبق الأمرين من الأقراء والثلاثة أشهر .

﴿ الرّابع في الحامل وعدّتها في الطلاق بالوضع ولو بعد الطلاق بلحظة ولو لم يكن تامّاً مع تحقّقه حملاً . ولوطلّقها فادّعت الحمل تربّص بها أقصى الحمل. ولووضعت توأماً بانت بهعلى تردّد . ولاتنكح حتّى تضع الآخر ، ولو طلّقها رجعيّاً ثمّ مات استأنفت عدّة الوفاة ، ولو كان بائناً اقتصرت على إتمام عدّة الطلاق ﴾ .

المشهور أنّ عدّة الحامل في الطلاق بالوضع ولو بعد الطلاق بلحظة و يدلّ عليه قوله تعالى: « وأولات الأحمال أجلهنّ أن يضعن حملهنّ » والأخبار منها ما رواه في الكافي عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال : « إذا طلّقت المرأة وهي حامل فأجلها أن تضع حملها و إن وضعت من ساعتها » (٢) .

و ما رواه في الفقيه في الصحيح والكليني في الموثّق عن عبد الرّحمن بن الحجّاج عن أبي إبراهيم عليه السلام قال : «سألته عن الحبلى إذا طلّقها زوجها فوضعت سقطاً تمّ أو لم يتمّ فقد انقضت عدّتها و إن كان مضغة ، قال : كلّ شيء وضعته يستبين أنّه حمل تمّ أو لم يتمّ فقد انقضت عدّتها و إن كان مضغة » (٣) .

---

(١) الكافي ج ٦ ص ٩٩ .

(٢) المصدر ج ٦ ص ٨٢ .

(٣) الفقيه باب طلاق الحامل تحت رقم ٦ . والكافي ج ٦ ص ٨٢ .

و ما رواه في التهذيب عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سألته عن رجل طلّق امرأته و هي حبلى و كان في بطنها اثنان فوضعت واحداً وبقي واحد ؟ قال : تبين بالأول ولا تحلّ للأزواج حتّى تضع ما في بطنها »[1] إلى غير ما ذكر من الأخبار .

والمحكيّ عن الصدوق والسيّد المرتضى أنّ عدّة الحامل أقرب الأجلين من الوضع ومضيّ ثلاثة أشهر . و يدلّ على هذا القول ما رواه في الكافي والتهذيب عن أبي الصباح عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « طلاق الحامل واحدة و عدّتها أقرب الأجلين »[2] .

و عن الحلبي في الصحيح ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « طلاق الحبلى واحدة و أجلها أن تضع حملها ، و هو أقرب الأجلين »[3] .

و رواه في الكافي أيضاً عن ابن مسكان عن أبي بصير في الصحيح عن أبي عبدالله عليه السلام مثله[4] .

و اُجيب بحمل قوله عليه السلام على المحكيّ أقرب الأجلين على أنّ وضع الحمل أقرب باعتبار جواز حصوله بعد الطلاق بلحظة أو أيّام يسيرة بخلاف التحديد بالثلاثة الأشهر .

وأورد عليه بأنّ الوضع قد يكون أبعد الأجلين فكيف يوصف بأنّه أقرب الأجلين و لازم هذا أن يجعل الجملة وهي أقرب الأجلين في صحيح الحلبي المذكور حالاً بمعنى أنّه مع الأقربيّة تعتدّ بالوضع لا مع الأبعديّة . ويمكن الجواب بأنّه مع عدم الأقربيّة بحسب الغالب كيف جعل الأجل وضع الحمل بقول مطلق في الكتاب والأخبار .

و يدلّ على كفاية الوضع ولو لم يكن ما وضعته تامّاً صحيح عبد الرحمن المذكور .

فلو طلّقها فادّعت الحمل تربّص بها أقصى الحمل والظاهر أنّه سنة واستدلّ عليه

---

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٧٠ والكافي ج ٦ ص ٨٢ .

(٢و٣و٤) الكافي ج ٦ ص ٨٢ والتهذيب ج ٢ ص ٢٦٨ .

- مضافاً إلى الوجدان كما حكي عن المسالك حيث قال : قد وقع في زماننا - صحيحة عبد الرّحمن بن الحجّاج « سمعت أبا إبراهيم عليه السلام يقول : إذا طلق الرّجل امرأته فادّعت حبلاً انتظرت تسعة أشهر فإن ولدت و إلّا اعتدّت بثلاثة أشهر ، ثمّ قد بانت منه » (١).

وخبر محمّد بن حكيم عن أبي إبراهيم أو ابنه عليهما السلام أنّه قال : «المطلّقة طلّقها زوجها فتقول : أنا حبلى فتمكث سنة قال : إن جاءت به لأكثر من سنة لم تصدّق و لو ساعة واحدة في دعواها » (٢) .

و لو وضعت توأماً فهل تبين بوضعه قبل وضع الآخر؟ فيه قولان أحدهما أنّها تبين و إن لم تنكح إلّا بعد وضع الآخر . وهو مختار الشيخ في النهاية و ابني البرّاج و حمزة و ابن الجنيد - قدّس سرّهم - وعليه تدلّ رواية عبدالرّحمن بن أبي عبدالله المتقدّمة و قال صاحب مجمع البيان وروي أصحابنا : إنّ الحامل إذا وضعت واحداً انقطعت عصمتها من الزّوج ولا يجوز أن تعقد على نفسها لغيره حتّى تضع الآخر . و يمكن أن يكون نظره إلى هذه الرّواية . و استشكل من جهة ضعف الرّواية و عدم الجابر لضعفه .

والقول الآخر أنّها لا تبين إلّا بوضع الجميع استظهاراً ممّا دلّ على انقضاء العدّة بالوضع . ولا يخلو عن الإشكال لامكان أن يقال : وضعت حملها بعد وضع أحدهما كما أنّ الطبيعة متحقّقة بتحقّق فرد منها .

و مع الشكّ إن بني على جريان الاستصحاب في الشبهات الحكميّة كما هو المعروف بين الأكابر المتأخّرين يستصحب بقاء العدّة ، و مع التأمّل فيه يشكل الأمر من جهة رجع الزّوج إيّاها في زمان الشكّ والوراثة إذا مات أحد الزوجين و ساير ما يترتّب على بقاء العدّة و انقضائها فلا بدّ من الاحتياط إن أمكن .

ولو طلّقها رجعيّاً ثمّ مات استأنفت العدّة عدّة الوفاة بلا خلاف ظاهراً و يدلّ عليه الأخبار منها المرسل عن أحدهما عليهما السلام « في رجل طلّق امرأته طلاق يملك فيه

(١و٢) الكافي ج ٦ ص ١٠١ .

الرّجعة ، ثمّ مات عنها قال : تعتدّ بأبعد أجلين أربعة أشهر و عشراً » [١] .

و خبر هشام بن سالم عن أبي عبدالله عليه السلام « في رجل كان تحته امرأة طلّقها، ثمّ مات قبل أن تنقضي عدّتها قال : تعتدّ بأبعد الأجلين عدّة المتوفّى عنها زوجاً » [٢] .

و خبر محمّد بن قيس عن أبي جعفر عليهما السلام قال : « سمعته يقول : إيّما امرأة طلّقت ثمّ توفّي عنها زوجها قبل أن تنقضي عدّتها ولم تحرم عليه فإنّها ترثه ثمّ تعتدّ عدّة المتوفّى عنها زوجها و إن توفّت و هي في عدّتها ولم تحرم عليه فإنّه يرثها ـ الحديث » [٣] .

و خبر سماعة « سألته عن رجل طلّق امرأته ثمّ إنّه مات قبل أن تنقضي عدّتها؟ قال : تعتدّ عدّة المتوفّى عنها زوجها ولها الميراث » [٤] إلى غير ما ذكر مضافاً إلى أنّه بحكم الزّوجة فيشمله قوله تعالى « والّذين يتوفّون منكم و يذرون أزواجاً يتربّصن بأنفسهنّ أربعة أشهر و عشراً » هذا على تقدير زيادة عدّة الوفاة على عدّة الطلاق .

و يمكن أن يقال : لم يظهر من الأخبار المذكورة انتفاء أثر الطلاق من حيث لزوم العدّة ولذا لاشبهة في أنّه مع الحمل لابدّ من الصبر إلى الوضع حتّى مع التأخّر عن عدّة الوفاة و رفع الشكّ والترديد في صورة زيادة المدّة الّتي وجب التربّص فيها من جهة الطلاق و مع عدم انتفاء أثر الطلاق لابدّ من التداخل في المدّة الباقية من عدّة الطلاق مع عدّة الوفاة ، والتداخل خلاف الأصل و إثبات التداخل بالإطلاق المقامي بأن يقال في مقام الجواب عن الأسولة المذكورة : لم يذكر غير وجوب عدّة الوفاة ولو كان أمر آخر واجباً لكان اللّازم بيانه فمع عدم البيان يظهر عدم وجوبه مشكل لأنّه يكفي في البيان الأدلّة الدّالّة على لزوم العدّة للطلاق ، هذا و لكن ظاهر كلماتهم تسلّم عدم لزوم غير عدّة الوفاة مع زيادة عدّة الوفاة أو التساوي .

---

(١) الكافي ج ٦ ص ١٢٠ والتهذيب ج ٢ ص ٢٩١ .

(٢و٣) الكافي ج ٦ ص ١٢١ والتهذيب ج ٢ ص ٢٧١ و ٢٩١ .

(٤) الفقيه باب طلاق المريض تحت رقم ٤ .

و يمكن أن يكون من جهة أنّ عدّة الطلاق بعده بلا فصل فمع وقوع الوفاة في عدّة الطلاق لا بدّ من التداخل حفظاً للاتّصال فقاعدة عدم التداخل لا تجري في المقام كما أنّ عدّة الوفاة بعد وصول خبر الموت فمع الاجتماع لا بدّ من التداخل إلّا أن يقال : غاية الأمر وقوع التعارض فعلى القول بجريان الاستصحاب في أمثال المقام لابدّ من عدم التداخل والأخذ بكلّ من المسبّبين والاحتياط .

و إذا زاد أحد العدّتين فلا بدّ من حفظ الزّيادة فذات الأقراء إذا زادت عدّتها عن عدّة الوفاة كما لو رأت الدّم في كلّ شهرين ونصف مرّة فأقراؤها تزيد عن عدّة الوفاة كما أنّه لو دلّ الدّليل على وجوب التربّص من جهة ارتياب الحمل لا من جهة الاحتساب في العدّة لزم مراعاته .

ومع كون الطلاق بائناً لا يجب على المرأة عدّة الوفاة لانقطاع العصمة و الظاهر عدم الخلاف فيه .

و خبر عليّ بن إبراهيم ، عن بعض أصحابنا « في المطلّقة البائنة إذا توفّي عنها زوجها وهي في عدّتها قال : تعتدّ بأبعد الأجلين»[1] متروك للقطع والإرسال فلا يعارض ما يستفاد من الأخبار من مدخليّة الزّوجيّة و عدم انقطاع العصمة .

﴿ الخامس في عدّة الوفاة ، تعتدّ الحرّة بأربعة أشهر و عشرة أيّام إذا كانت حائلاً صغيرة كانت أو كبيرة دخل بها أو لم يدخل ، و بأبعد الأجلين إن كانت حاملاً و يلزمها الحداد و هو ترك الزّينة دون المطلّقة ، ولا حداد على أمة ﴾ .

تعتدّ الحرّة و إن كان تحت عبد عدّة الوفاة أربعة أشهر و عشرة أيّام إذا كانت حائلاً في النكاح الدّائم بالإجماع والأخبار المستفيضة مضافاً إلى قوله تعالى « و الّذين يتوفّون منكم ويذرون أزواجاً يتربّصن بأنفسهنّ أربعة أشهر و عشراً » و من الأخبار ما رواه في الكافي والتهذيب في الصحيح عن محمّد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام «في الرّجل يموت و تحته امرأة لم يدخل بها ؟ قال : لها نصف المهر و لها الميراث كاملاً ، و عليها

---

(١) الكافي ج ٦ ص ١٢٠ .

العدّة كاملة »[1] .

و ما رواه في الكافي عن عبد الرّحمن بن الحجّاج في الصحيح عن رجل عن عليّ ابن الحسين عليهما السلام « في المتوفّى عنها زوجها ولم يدخل بهاأنّ لها نصف الصداق ولها الميراث وعليها العدّة »[2] .

و منها ما رواه الصدوق عن محمّد بن اُذينة عن زرارة في الصحيح قال : «سألت أبا جعفر عليه السلام ما عدّة المتعة إذا مات عنها الّذي يتمتّع بها ؟ قال : أربعة أشهر و عشراً قال : ثمّ قال: يا زرارة كلّ النكاح إذا مات الزّوج فعلى المرأة حرّة كانت أوأمة وعلى أيّ وجه كان النكاح منه متعةً أوتزويجاً أوملك يمين فالعدّة أربعة أشهر وعشراً وعدّة المطلّقه ثلاثة أشهر ،والأمة المطلّقة عليها نصف ما على الحرّة وكذلك المتعة عليهاماعلى الأمة »[3] .

و أمّا قوله تعالى « والّذين يتوفّون منكم ويذرون أزواجاً وصيّةلأزواجهممتاعاً إلى الحول » بناءً على أنّ المراد منه الاعتداد بالسنة فهو منسوخ بقوله تعالى المذكور آنفاً .

و تبين المرأة بانتهاء اليوم العاشر حسب ما ادّعى من الاتّفاق و يدلّ عليه ماعن زرارة عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « المتوفّىعنها زوجها لاتطيّب ولا تزيّن حتّى تنقضي عدّتها أربعة أشهر و عشرة أيّام »[4] خلافاً لبعض حيث قال : بأنّها تبين بطلوع الفجر العاشر لتذكير العدد المقتضي لتأنيث المميّز فيكون ليالي .

و أمّا الحامل فعدّتها أبعد الأجلين بلاخلاف ظاهراً و يدلّ عليه من الأخبارما رواه في الكافي والتهذيب عن سماعة في الموثّق قال : « قال المتوفّى عنها زوجها الحامل أجلها آخر الأجلين إذا كانت حبلىفتمّتلها أربعة أشهر وعشراً ولم تضع فانّ عدّتها إلى أنتضع وإن كانت تضع حملها قبلأن يتمّ لها أربعة أشهر و عشراً تعتدّ بعد ما تضع

(١و٢) الكافي ج ٦ ص ١١٨ .

(٣) الفقيه باب المتعة تحت رقم ٢٥ .

(٤) الكافي ج ٦ ص ١١٧ .

تمام أربعة أشهر و عشراً و ذلك أبعد الأجلين » [1] .

و ما رواه في الكافي عن عبد الله بن سنان في الموثّق قال : « المتوفّى عنها زوجها عدّتها آخر الاجلين » [2] .

وعن محمّد بن قيس في الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام قال : «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في امرأة توفّي عنها زوجها وهي حبلى فولدت قبل أن تنقضي أربعة أشهر وعشراً فتزوجّت فقضى أن يخلّي عنها ثمّ لا يخطبها حتّى ينقضي آخر الأجلين ، فإن شاء أولياء المرأة أنكحوها وإن شاؤوا أمسكوها ، فإن أمسكوها ردّوا عليه ماله» [3] إلى غيرما ذكر من الأخبار الواردة في هذا المقام .

و أمّا لزوم الحداد بمعنى ترك الزّينة في البدن واللّباس على الزّوجة المتوفّى عنها زوجها فلا خلاف فيه ظاهراً و يدلّ عليه الأخبار منها صحيح ابن أبي يعفور عن أبي عبدالله عليه السلام « سألته عن المتوفّى عنها زوجها ، فقال : لاتكتحل للزّينة ولاتطيّب ولا تلبس ثوباً مصبوغاً ولا تبيت عن بيتها و تقضي الحقوق و تمتشط بغسلة و تحجّ إن كانت في عدّتها » [4] .

و ما رواه في الكافي عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام في حديث قال فيه : « فتمسك عن الكحل والطيب والاصباغ » [5] .

و عن أبي العبّاس قال : « قلت لأبي عبدالله عليه السلام : المتوفّى عنها زوجها ؟ قال: لا تكتحل للزّينة ولا تطيّب ولا تلبس ثوباً مصبوغاً ولا تخرج نهاراً ولا تبيت عن بيتها قلت : أرأيت إن أرادت أن تخرج إلى حقّ كيف تصنع ؟ قال : تخرج بعد نصف اللّيل

(١و٢) الكافي ج ٦ ص ١١٣ ، و التهذيب ج ٢ ص ٢٩١ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ١١٤ .

(٤) الكافي ج ٦ ص ١١٦ . والغسلة ـ بالكسر ـ : ما تجعله المرأة في شعرها عند الانتشار .

(٥) المصدر ج ٦ ص ١١٢ .

و ترجع عشاءً » (١) .

و عن زرارة عن أبي‌عبدالله عليه‌السلام قال : « المتوفّى عنها زوجها ليس لها أن‌تطيّب ولا تزيّن حتّى تنقضي عدّتها أربعة أشهر و عشرة أيّام »(٢) .

و عن أبي بصير عن أبي عبدالله عليه‌السلام قال : « سألته عن المرأة يتوفّى عنهازوجها و تكون في عدّتها أتخرج في حقّ ؟ فقال : إنّ بعض نساء النبيّ صلى‌الله‌عليه‌وآله سألته فقالت : إنّ فلانة توفّي زوجها فتخرج في حقّ ينوبها فقال‌لها رسول الله صلى‌الله‌عليه‌وآله : اُفٍّ لكنّ قد كنتنّ من‌قبل أن اُبعث فيكنّ و أنّ المرأة منكنّ إذا توفّي عنها زوجها أخذت بعرة فرمت بها خلف ظهرها ، ثمّ قالت لا أمتشط ولا أكتحل ولا أختضب حولاً كاملاً وإنّما أمرتكنّ بأربعة أشهر وعشراً ، ثمّ لا تصبرن‌لاتمتشط ولا تكتحل ولا تختضب ولاتخرج من بيتها نهاراً ولا تبيت عن بيتها ، فقالت : يا رسول‌الله فكيف تصنع إن عرض لهاحقّ فقال : تخرج بعد زوال اللّيل و ترجع عند المساء فتكون لم تبت عن بيتها ، قلت له : فتحجّ ؟ قال : نعم » (٣) .

و يظهر من بعض الأخبار جواز بعض ما يكون ممنوعاً في الأخبار المذكورة من ذلك ما رواه في الفقيه في الصحيح قال : «كتب الصفّار إلى أبي محمّد الحسن‌بن عليّ عليهما‌السلام في امرأة مات عنها زوجها و هي في‌عدّة منه و هي محتاجة لا تجد من ينفق عليها و هي تعمل للناس هل يجوز لها أن تخرج و تعمل و تبيت عن منزلها في عدّتها ؟ قال: فوقّع عليه‌السلام : لابأس بذلك إن شاء الله تعالى» (٤) .

وما رواه في الفقيه والتهذيب عن عمّار الساباطيّ في الموثّق عن أبي‌عبدالله عليه‌السلام «أنّه سئل عن المرأة يموت زوجها هل يحلّ لها أن تخرج من بيتها في عدّتها ؟ قال : نعم وتختضب و تدهن و تمشط و تصنع ما شاءت لغير زينة من زوج » (٥) .

---

(١) الكافي ج ٦ ص ١١٦ .

(٢و٣) الكافي ج ٦ ص ١١٧ . والنوب نزول الامر ، والظاهرأن الرمي بالبعروراء الظهر كناية عن الاعراض عن الزوج فتأمل .

(٤و٥) المصدر باب طلاق التي لم يدخل بها تحت رقم ١٢ .

و ما رواه في الكافي عن ابن بكير في الموثق قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن التي توفي عنها زوجها تحج ؟ قال : نعم و تخرج و تنتقل من منزل إلى منزل »[١].

و قد يجمع بين الأخبار السابقة و بين هذه الأخبار بحمل الأخبار المجوزة على صورة الضرورة ولايخفي بعده ، ويمكن أن يقال : قد قيد في صحيح ابن أبي يعفور المذكور و ما روي عن أبي العباس الاكتحال بكونه للزينة و لعل وحدة السياق تقيد غيره من المذكورات بهذا القيد أيضاً ؟ ولا أقل من عدم الاطلاق فلايبعد اعتبار القصد لأن الاكتحال في نفسه زينة فذكر للزينة يفيد اعتبار القصد فتعريف الحداد شرعاً بمطلق الزينة مشكل و على هذا يمكن الجمع بحمل الأخبار المجوزة على صورة عدم قصد الزينة لكن ظاهر كلماتهم لايساعد على هذا الجمع ،هذا في غير الخروج عن البيت و البيتوتة في غير منزلها ، و أما هما فخارجان عن الزينة فلايبعد الجمع بالحمل على الكراهة .

و يمكن ترجيح الخروج و البيتوتة في غير منزلها لجهة اُخرى فروى في الكافي عن معاوية بن عمار في الموثق عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « سألته عن المرأة المتوفى عنها زوجها تعتد في بيتها أوحيث شاءت ؟ قال : لابل حيث شاءت إن علياً عليه السلام لما توفي عمر أتى اُم كلثوم فانطلق بها إلى بيته »[٢].

و عن سليمان بن خالد في الصحيح قال : «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن امرأة توفي عنها زوجها أين تعتد في بيت زوجها تعتد أو حيث شاءت ؟ قال : حيث شاءت ، ثم قال : إن علياً عليه السلام لما مات عمر أتى اُم كلثوم فأخذ بيدها فانطلق بها إلى بيته[٣] » فتأمل .

و أما عدم الحداد على المطلقة رجعية كانت أو بائنة فلا خلاف فيه ظاهراً و يدل عليه ما رواه في الكافي عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال : « إن عدة المتوفى

---

(١) المصدر ج ۶ ص ١١٨ .

(٢) و (٣) المصدرج ۶ ص ١١٥.

عنها زوجها آخر الأجلين لأنّ عليها أن تحدّ أربعة أشهر وعشراً، وليس عليها في الطلاق أن تحدّ »[١].

و ما رواه في الكافي عن عمّار بن موسى الساباطيّ في الموثّق عن أبي عبدالله عليه السلام « أنّه سئل عن المرأة إذا اعتدّت هل يحلّ لها أن تختضب في العدّة ؟ قال : لها أن تكتحل و تدهن و تمتشط و تصبغ و تلبس الصبغ و تختضب بالحنّاء و تصنع ما شاءت لغير ريبة من زوج »[٢].

و عن محمّد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام «المطلّقة تشوّفت لزوجها ما كان له عليها رجعة ولا يستأذن عليها »[٣].

وعن أبي بصير عن أحدهما عليهما السلام «في المطلّقة تعتدّ في بيتها وتظهر له زينتها لعلّ الله يحدث بعد ذلك أمراً » [٤].

وأمّا ما رواه الشيخ في التهذيب عن محمّد بن يعقوب بسنده إلى مسمع بن عبدالملك عن أبي عبدالله عليه السلام عن عليّ عليه السلام قال : «المطلّقة الرّجعيّة المتوفّى عنها زوجها لا تكتحل و لا تطيّب و لا تختضب و لا تمتشط [٥] » فلا يبعد حمله على المطلّقة الرّجعيّة المتوفّى عنها زوجها في عدّة الطلاق حيث إنّها بحكم الزّوجة و مع عدم الحمل على ما ذكر فهو غير معمول به .

و أمّا عدم الحداد على الأمة فلما رواه ثقة الإسلام في الصحيح عن زرارة ، عن أبي جعفر عليه السلام « أنّ الأمة و الحرّة كلتيهما إذا مات عنهما زوجهما سواء في العدّة إلّا أنّ الحرّة تحدّ والأمة لا تحدّ» [٦] و به تقيّد المطلقات .

---

(١) الكافي ج ٦ ص ١١٤ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٧٢ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ٩١ و التشوف : التزين . و قوله « ما كان » أي مادام .

(٤) الكافي ج ٦ ص ٩١ و التهذيب ج ٢ ص ٢٨٥ .

(٥) التهذيب ج ٢ ص ٢٩٣ .

(٦) الكافي ج ٦ ص ١٧٠ .

﴿ السادس في المفقود لاخيار لزوجته إن عرف خبره أو كان له وليّ ينفق عليها ، ثمّ إن فقد الأمران و رفعت أمرها إلى الحاكم أجّلها أربع سنين فإن وجده و إلّا أمرها بعدّة الوفاة ثمّ أباحها النكاح فإن جاء في العدّة فهو أملك بها و إن خرجت و تزوّجت فلا سبيل له ، و إن خرجت و لم تتزوّج فقولان ، أظهرهما أنّه لا سبيل له عليها ﴾ .

المفقود المنقطع خبره إذا تبيّن موته فلا إشكال و إن علم حياته و لم يعلم أنّه في أيّ بلد فقد يقال بوجوب الصبر على زوجته إلى أن يعلم تطليقه لها أو موته وإن طالت المدّة ولا تجوز لها أن تتزوّج بل يجب الإنفاق عليها من ماله إن كان له مال وإلّا فمن بيت المال ، نعم إذا حصل لها العلم بموته من القرائن جاز لها ذلك ويجوز للغير تزويجها إذا لم يعلم كذبها لجملة من الأخبار الدالّة على جواز نكاح امرأة ادّعت أن لازوج لها و إن علم كونها مزوّجة سابقاً ، و أمّا إذا لم يعلم موته ولا حياته فإن كان له مال ينفق عليها أو أنفق عليها وليّه أو متبرّع وجب عليها الصبر ، ولا يجوز أن تتزوّج لاستصحاب حياته ، ومقتضى الاستصحاب عدم جواز تزويجها أيضاً إلّا أنّ جملة من الأخبار تدلّ على أنّها إن لم تصبر و أرادت أن تتزوّج تصبر أربع سنين للفحص عن حياته و موت زوجها فإن لم يتبيّن أحد الأمرين أمرها الحاكم بالاعتداد أو يطلّقها أو يأمر وليّه أن يطلّقها ثمّ يجوز لها أن تتزوّج بعد العدّة و هذا المقدار متّفق عليه عندهم .

و يمكن أن يقال : ما ذكر من العلم بالحياة مع فرض كون الزوج مفقود الأثر لعلّه مجرّد فرض و لعلّ المراد الاطمينان بالحياة بحسب العادة ثمّ إنّه لم يعلم وجه لزوم الإنفاق من بيت المال بل مع تمكّنها من تحصيل نفقتها عليها كسائر الناس و مع عدم التمكن يكون حالها حال ساير الفقراء ينفق عليها من الصدقات و مع عدم التمكن يجب على المكلّفين نفقتها .

ثمّ إنّ الأخبار الآتية بعضها يكون مطلقاً يشمل صورة العلم بالمعنى المذكور و بعضها المقيّد غير نقيّ السند ، و الظاهر وقوع التعارض بينها و لاتقبل الجمع العرفي فنقول : اختلف في أمور أحدها أنّه هل يشترط طلاقها بعد مدّة التربّص أو يكفي

أمر الحاكم لها بالاعتداد من غير حاجة إلى الطلاق ؟. الثاني هل اللازم عليها عدة الوفاة أو عدة الطلاق ؟ الثالث هل اللازم من الأول رفع أمرها إلى الحاكم لضرب الأجل و الفحص في الأطراف أو يكفي مضي أربع سنين قبل الرجوع إلى الحاكم؟ الرابع هل المدة من حين فقد خبره وصدق كونه مفقوداً أو من حين تعيين الحاكم؟ ومنشأ هذه الاختلافات اختلاف الأخبار فمنها صحيح الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام «عن المفقود قال عليه السلام : المفقود إذا مضى له أربع سنين بعث الوالي أو يكتب إلى الناحية التي هو غائب فيها فإن لم يوجد له أثر أمر الوالي وليه أن ينفق عليها فما أنفق عليها فهي امرأته قال : قلت : فإنها تقول : فإني أريد ما تريد النساء ؟ قال : ليس لها ذلك و لاكرامة ، فإن لم ينفق عليها وليه أو وكيله أمره بأن يطلقها و كان ذلك عليها طلاقاً واجباً»[1].

وهذا الخبر يشمل صورة العلم بالحياة بمعنى الاطمينان كما لو أخبر المخبر برؤيته في خلال الغيبة ، ثم بعد ذلك انقطع أثره و مقتضى هذا الخبر اشتراط الطلاق والظاهر أن العدة اللازمة عليها عدة الطلاق .

ومنها خبر بريد بن معاوية عن أبي عبدالله عليه السلام «عن المفقود كيف يصنع بامرأته؟ قال : ما سكتت عنه و صبرت فخل عنها ، فإن هي رفعت أمرها إلى الوالي أجلها أربع سنين ، ثم يكتب إلى الصقع الذي فقد فيه فيسأل عنه فإن خبر عنه بحياته صبرت و إن لم يخبر عنه بشيء حتى تمضي أربع سنين دعي ولي الزوج المفقود فقيل له : هل للمفقود مال فإن كان له مال أنفق عليها حتى تعلم حياته من موته و إن لم يكن له مال قيل للولي : أنفق عليها فإن فعل فلا سبيل لها أن تتزوج ما أنفق عليها وإن أبى أن ينفق عليها أجبره الوالي على أن يطلق تطليقة في استقبال العدة وهي طاهرة فيصير طلاق الوالي طلاق الزوج فإن جاء زوجها من قبل أن تنقضي عدتها من يوم طلقها الوالي فبدا له أن يراجعها فهي امرأته وهي عنده على تطليقتين و إن انقضت العدة قبل أن يجيء أو يراجع فقد حلت للأزواج ولا سبيل للأول عليها »[1].

---

(١) الكافي ج ٦ ص ١٤٧ .

و مقتضى هذا الخبر أيضاً اعتبار الطلاق و ظاهره لزوم كون العدّة بعد الرّفع و تعيين الحاكم بخلاف الصحيح السابق حيث يستفاد منه كفاية مضيّ المدّة و لو قبل الرّفع إلى الحاكم و من غير تعيينه و مقتضاه أنّه مع الإخبار بالحياة لابدّ لها من الصبر .

و منها خبر أبي الصباح عن أبي عبدالله عليه السلام «في امرأة غاب عنها زوجها أربع سنين ولم ينفق عليها ولم تدرأحيٌّ هو أم ميّت أيجبر وليّه على أن يطلّقها ؟ قال : نعم، و إن لم يكن له وليٌّ يطلّقها السلطان . قلت : فإن قال الوليُّ أناأنفق عليها ؟ قال : فلايجبر على طلاقها ، قلت:أرأيت إن قالت: أنا اُريد ماتريدالنساء ولاأصبر ولاأقعدكما أنا ، قال : ليس لها ولاكرامة إذا اُنفق عليها »[2] .

و ظاهر هذا الخبر أيضاًعدم لزوم كون المدّة بعد رفع الأمر إلى الحاكم ولزوم الطلاق و أنّه مع الانفاق عليها لاتطلّق ويجب عليها الصبر .

و منها مرسلة الفقيه « إن لم يكن للزّوج وليٌّ طلّقها الوالي و يشهد شاهدين عدلين فيكون طلاق الوالي طلاق الزّوج و تعتدُّ أربعة أشهر و عشراً ، ثمَّ تتزّوج إن شاءت [3] » و تظهر منها و من سابقها تقدُّم طلاق الوليّ على طلاق الوالي .

و منها موثّق سماعة قال : « سألته عن المفقود فقال : إن علمت أنّه في أيِّ أرض فهي تنتظر له أبداً حتّى يأتيها موته أو يأتيها طلاقه ، وإن لم تعلم أين هو من الأرض كلّها ولم يأتها منه كتاب ولاخبر فإنّها تأتي الامام فيأمرها أن تنتظر أربع سنين فيطلب في الأرض فإن لم يوجد أثر حتّى تمضي أربع سنين أمرها أن تعتدَّ أربعة أشهر و عشراً ، ثمَّ تحلُّ للأزواج ، فإن قدم زوجها بعد ما تنقضي عدَّتها فليس له عليها رجعة ، و إن قدم وهي في عدَّتها أربعة أشهر و عشراً فهو أملك برجعتها »[4] .

---

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٣٧ و الفقيه باب طلاق المفقود تحت رقم ١ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٤٨ .

(٣) الفقيه باب طلاق المفقود تحت رقم ٢ .

(٤) الكافي ج ٦ ص ١٤٨ .

و مقتضى هذا الخبر كفاية أمر الحاكم بالاعتداد من غير حاجة إلى الطلاق وأمّا النبوي « تصبر امرأة المفقود حتّى يأتيها يقين موته أو طلاقه » و العلوي « هذه امرأة ابتليت فلتصبر » و خبر السكوني أنّ علياً عليه السلام قال في المفقود : « لا تتزوّج امرأته حتّى يبلغها موته أو طلاق أو لحوق بأهل الشرك [1] » فلا عامل بها .

وقد يقال : مقتضي الجمع بين الأخبار المذكورة لزوم الطلاق بتقييد خبر سماعة بساير الأخبار و لزوم كون العدّة عدّة وفاة بتقييد أخبار الطلاق بخبر سماعة والمرسل و لزوم رفع الأمر إلى الحاكم و كون ضرب الاجل بتعيينه وكون ابتداء الأجل من حين ضربه بتقييد خبر الحلبيّ و خبر أبي الصباح بخبر بريد و خبر سماعة ، والحاصل أنّه يحمل المطلق منها على المقيّد و المجمل على المفصّل فيصير الحاصل أنّ عند انقطاع خبره إذا لم يكن من ينفق عليها مع إرادتها التزويج وجب رفع أمرها إلى الحاكم فيضرب لها المدّة و يتفحّص عن زوجها و بعد انقضائها يأمر وليّة أن يطلّقها و إذا لم يكن له وليّ أو امتنع فيطلّقها هوو تعتدّ عدّة الوفاة ثمّ تتزوّج إن شاءت مع أنّ هذا مقتضى الاحتياط .

و يمكن أن يقال : أنّ ما ذكر من الجمع خلاف ما يقال في مقام آخر من أنّه مع تعدّد القضيّة الشرطيّة و اختلاف الجزاء مع وحدة الشرط يؤخذ بمقتضى كلّ من القضيّتين أو القضايا و يجعل الجزاء متعدّداً من دون تقييد بعض بالآخر ، و وجّه بأنّ الظاهر في كلّ شرطيّة تعيّن الجزاء مع كونها نصّاً في الكفاية فيرفع اليد عن الظهور بالنصّ . و هذا الجمع أقرب ممّا ذكر حيث إنّ ظاهر الأخبار المذكورة كون الإمام صلوات الله عليه في مقام بيان تمام ماله الدّخل في حلّيّة المرأة للزّواج فكيف يكتفي ببعض ماله الدّخل ، وهذا نظير ما يقال في التعريف والتحديد من لزوم الاحتراز عمّا يوجب الاختلال فهل يمكن ذكر الطلاق الملازم للعدّة المخصوصة بدون ذكر عدّة الوفاة مع إرادتها ، و هل يمكن عدم ذكر الطلاق مع ركنيّته للمقام و ما ذكر من المبعّدات للجمع المذكور ، ثمّ إنّه يشكل ما ذكر من أنّ الجمع المذكور مقتضى

---

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٤٧ .

الاحتياط أيضاً حيث إنّ عدّة الطلاق قدتزيد على عدّة الوفاة كما لورأت المرأة الدّم في كلّ شهرين و نصف مرّة فمع هذا إذا اعتدّت أربعة أشهر وعشراً لم تعمل ما يطابق الاحتياط لاحتمال لزوم الاعتداد بعدّة الطلاق الزائدة عليها .

ثمّ إنّ ههنا إشكالاً آخر و هو أنّ التعبير في لسان الأخبار المذكورة بالإمام في بعضها و أو الوالي في بعضها و بالسلطان في بعضها و انطباق السلطان أو الوالي على الفقهاء في عصر الغيبة محلّ إشكال من جهة الشبهة في ثبوت الولاية العامّة بل الظاهر الانطباق على النوّاب الخاصّة ولم يظهر من الأدلّة لزوم تخليص المرأة في كلّ زمان حتّى يقال : القدر المتيقّن مداخلة الحاكم ، ثمّ عدول المؤمنين ، ثمّ غير العدول ، ثمّ إنّ المرأة مع مراعاة ما ذكر في الأخبار و حلّيتها للازواج لا سبيل لزوجها عليها إذا جاءت بمقتضى الأخبار لأنّ المرأة لاتحلّ لأحد إلّا بعد انقطاع عصمتها بالنسبة إلى الزّوج فلا فرق بين أن يكون مجيىء الزّوج بعد ازدواجها أو قبله ، و ما في الشرايع من أنّ له السبيل عليها قبل أن تتزوّج بمقتضى بعض الأخبار لم يظهر وجهه لعدم العثور على الخبر المشار إليه ، وأمّا لو جاءت قبل تماميّة الأمور المذكورة في الأخبار فلا ينبغي الإشكال في أنّ الزّوج الأوّل أملك حتّى لوقلنا بعدم لزوم الطلاق كما في خبر سماعة لما فيه من قوله عليه السلام على المحكيّ «وإن قدم و هي في عدّتها أربعة أشهر و عشراً فهو أملك برجعتها » لكن لا بدّ من التقييد بصورة عدم كون الطلاق الطلاق الّذي لاتحلّ لزوجها إلّا أن تنكح زوجاً غيره .

﴿ السابع في عدد الإماء والاستبراء . عدّة الأمة في الطلاق قرءان وهما طهران على الأشهر ولو كانت مسترابة فخمسة و أربعون يوماً ، تحت عبد كانت أو تحت حرّ و لو اُعتقت ثمّ طلّقت لزمها عدّة الحرّة وكذا لو طلّقها رجعيّاً ، ثمّ اُعتقت في العدّة أكملت عدّة الحرّة ، و لو طلّقها بائناً أتمّت عدّة الأمة ﴾ .

لا إشكال ولا خلاف في أنّ عدّة الأمة في الطلاق مع البلوغ والدّخول و عدم اليأس و كونها حائلا قرءان والمشهور أنّهما طهران ، و ذهب جماعة إلى أنّهما حيضتان و يدلّ على المشهور صحيح زرارة عن أبي جعفر عليهما السلام « عن حرّ تحته أمة أو عبد تحته

حرّة كم طلاقها وكم عدّتها ؟ فقال : السنّة في النساء في طلاق فإن كانت حرّة فطلاقها ثلاثاً و عدّتها ثلاثة أقراء ، و إن كان حرّ تحته أمة فطلاقها تطليقتان و عدّتها قرءان » (١) حيث إنّ الظاهر أنّ القرء في قوله عليه السلام على المحكيّ « ثلاثة أقراء » و قوله عليه « قرءان » بمعنى واحد والقرء في عدّة الحرّة بمعنى الطهر فيكون كذلك في عدّة الأمة .

و يمكن أن يقال : لم يعلم أنّ المراد من القرء في عدّة الحرّة بمعنى الطهر غاية الأمر في عدّة الحرّة قدّم الأخبار الدالّة على أنّ القروء بمعنى الأطهار وحمل الأخبار المخالفة لها على التقيّة ومجرّد هذا لا يفيد في تعيين المراد في هذا الخبر فلعلّ هذا الخبر موافق لتلك الأخبار المخالفة .

و من الأخبار الواردة في المقام ما رواه في الكافي في الصحيح عن محمّد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال : « عدّة الأمة حيضتان ، و قال : إذا لم يكن تحيض فنصف عدّة الحرّة » (٢) .

و عن سليمان بن خالد في الصحيح قال : « سألت أباعبدالله عليه السلام عن الأمة إذا طلّقت ما عدّتها قال : حيضتان أو شهران ـ الحديث » (٣) .

و عن محمّد بن قيس في الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام قال : « سمعته يقول : طلاق العبد للأمة تطليقتان و أجلها حيضتان إن كانت تحيض وإن كانت لاتحيض فأجلها شهرٌ و نصف » (٤) إلى غير ما ذكر من الأخبار .

و مع ملاحظة هذه الاخبار يشكل القول بأنّ القرئين الطهران ، نعم هذا هو المشهور و يوافق المستفاد من الأخبار من أنّ كلّ عدد يؤثر فيه الرّق نقصاناً يكون الرّقيق فيه على النصف و حيث إنّ التنصيف في الطلاق لا يمكن والتنصيف في القرء لا يتيسّر لأنّ الطهر بين الدّمين إنّما يظهر نصفه إذا ظهر كلّه بعد الدّم فلا بدّ من

(١) التهذيب ج ٢ص ٢٨٦ . والكافي ج ٦ ص ١٦٧ .
(٢و٣) الكافي ج ٦ ص ١٧٠ . والتهذيب ج ٢ ص ٢٩٢ .
(٤) الكافي ج ٦ ص ١٦٩ .

الانتظار ، فالأمة تعتدّ بقرئين مع أنّ الحرّة بثلاثة أقراء و تحرم بتطليقتين مع أنّ الحرّة تحرم بالثلاث .

و إذا كانت مسترابة ولا ترى الدّم تعتدّ بخمسة و أربعين يوماً نصف ثلاثة أشهر و يدلّ عليه صحيح محمّد بن مسلم وصحيح محمّد بن قيس المذكوران ، نعم يخالف هذا ما عن سليمان بن خالد في الصحيح قال : « سألت أباعبدالله عليه السلام عن الأمة إذا طلّقت ما عدّتها ؟ قال: حيضتان أوشهران[1] » والظاهر أنّه غير معمول به في تعيّن شهرين.ويقع الاشكال في المقام من جهة أنّه إذا اكتفى بالشهر الهلالي الناقص واتّفق الشهران كذلك فهل يكتفي بالنصف حقيقة وذكر خمسة وأربعين لامن باب الخصوصيّة أولابدّ من الاعتداد بهذه المدّة بالخصوص و إن كانت الحرّة تعتدّ بثمانية و ثمانين يوماً . ثمّ إنّه بحسب إطلاق الأخبار لا فرق بين كون الأمة تحت حرّ أو عبد ولو اعتقت ، ثمّ طلّقت لزمها عدّة الحرّة لأنّها حين أمرت بالاعتداد تكون حرّة ، ولو طلّقها ثمّ اعتقت في العدّة فهل تعتدّ عدّة الأمة لأنّها حين أمرت بالاعتداد كانت أمة أو تعتدّ عدّة الحرّة لأنّها حين الاعتداد حرّة فتعتدّ عدّتها أو يفرق بين الطلاق البائن والرّجعي ففي البائن تعتدّ عدّة الأمة دون الرّجعي وقد يستشهد لهذا التفصيل برواية الشيخ باسناده عن أحمد بن محمّد ، عن الحسن بن محبوب ، عن أبي أيّوب الخزّاز عن مرازم وفي نسخة عن مهزم عن أبي عبدالله عليه السلام « في أمة تحت حرّ طلّقها على طهر بغير جماع تطليقاً ثمّ اعتقت بعد ما طلّقها بثلاثين يوماً ولم تنقض عدّتها ، قال : فقال: إذا اُعتقت قبل أن تنقضي عدّتها اعتدّت عدّة الحرّة من اليوم الّذي طلّقها و له عليها الرّجعة قبل انقضاء العدّة فان طلّقها تطليقتين واحدة بعد واحدة ، ثمّ اعتقت قبل انقضاء عدّتها فلا رجعة له عليها و عدّتها عدّة الأمة »[2] .

و يشكل من مجهوليّة الرّاوي عن الإمام عليه السلام والمعارضة بين مادلّ على أنّها

---

(١) الكافي ج ٦ ص ١٧٠ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٨٧ .

تعتدّ عدّة الحرّة و بين ما دلّ على أنّها تعتدّ عدّة الأمة فمن الأوّل ما رواه في الفقيه في الصحيح عن ابن أبي عمير، عن جميل و هشام بن سالم جميعاً عن أبي عبدالله عليه السلام «في أمة طلّقت ثمّ اعتقت قبل أن تنقضي عدّتها قال: تعتدّ بثلاث حيض فإن مات زوجها، ثمّ اعتقت قبل أن تنقضي عدّتها فإنّ عدّتها أربعة أشهر و عشراً» (١).

و ما رواه الشيخ في التهذيب في الصحيح عن جميل عن أبي عبد الله عليه السلام «في أمة كانت تحت رجل فطلّقها، ثم اُعتقت قال: تعتدّ عدّة الحرّة» (٢).

والثاني ما رواه في الفقيه والتهذيب في الصحيح عن القاسم بن يزيد عن أبي جعفر عليه السلام قال: «إذا طلّق الحرّ المملوكة فاعتدّت بعض عدّتها عنه، ثمّ اعتقت فإنّها تعتدّ عدّة المملوكة» (٣).

و مع قطع النظر عن مجهوليّة الرّاوي في الرّواية المفصّلة بين الرّجعي والبائن أشكل التخصيص من جهة أقليّة الطلاق البائن بالنسبة إلى الرّجعي فكيف يحمل ما دلّ على لزوم الاعتداد بعدّة الأمة بقول مطلق على صورة التطليق بالطلاق البائن.

﴿وعدّة الذّميّة كالحرّة في الطلاق والوفاة على الأشبه، وتعتدّ الأمة من الوفاة بشهرين و خمسة أيّام، ولو كانت حاملاً اعتدّت مع ذلك بالوضع، واُمّ الولد تعتدّ من وفاة الزوج كالحرّة﴾.

مقتضى ما دلّ بإطلاقه على مقدار اعتداد الحرّة في الطلاق والوفاة عدم الفرق بين المسلمة والذّميّة بل في خصوص عدّة الوفاة دلّ الدّليل على عدم الفرق إلّا أنّه ورد الرّواية بالفرق في خصوص عدّة الطلاق وكون الذّميّة كالأمة و نسبت الرّواية إلى الشذوذ و هي ما رواه ثقة الإسلام في الكافي والشيخ في التهذيب في الصحيح عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: «سألته عن نصرانيّة كانت تحت نصرانيٍّ فطلّقها هل عليها

(١) المصدر باب طلاق العبد تحت رقم ١٣.

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٨٦.

(٣) » ج ٢ ص ٢٨٧ والفقيه باب طلاق العبد تحت رقم ٨.

عدّة منه مثل عدّة المسلمة ؟ فقال : لا لأنّ أهل الكتاب مماليك الإمام ألا ترى أنّهم يؤدّون الجزية كما يؤدّ العبد الضريبة إلى مواليه ، قال : ومن أسلم منهم فهو حرّ يطرح عنه الجزية ، قلت : فما عدّتها إن أراد المسلم أن يتزوّجها ؟ قال : عدّتها عدّة الأمة حيضتان أو خمسة وأربعون يوماً قبل أن تسلم ، قال: قلت له: فإن أسلمت بعدما طلّقها؟ قال: إذا أسلمت بعد ما طلّقها فإنّ عدّتها عدّة المسلمة ، قلت: فإن مات عنها وهي نصرانيّة و هو نصراني فأراد رجل من المسلمين أن يتزوّجها ؟ قال : لا يتزوّجها المسلم حتّى تعتدّ من النصراني أربعة أشهر و عشراً عدّة المسلمة المتوفّى عنها زوجها ، قلت له : كيف جعلت عدّتها إذا طلّقها عدّة الأمة وجعلت عدّتها إذا مات عنها عدّة الحرّة المسلمة و أنت تذكر أنّهم مماليك الإمام ؟ فقال : ليس عدّتها في الطلاق مثل عدّتها إذا توفّي عنها زوجها » وزاد في الكافي «ثمّ قال : إنّ الأمة والحرّة كلتيهما إذا مات عنهما زوجهما سواءٌ في العدّة إلّا أنّ الحرّة تحدّوا لأمة لا تحدّ » (١) .

وعن يعقوب السرّاج في الصحيح قال: « سألت أباعبدالله عليه السلام عن نصرانيّة مات عنها زوجها وهو نصراني ماعدّتها ؟ قال: عدّة الحرّة المسلمة أربعة أشهر وعشراً» (٢).

و لو لا شبهة الإعراض و عدم العمل لتعيّن التخصيص .

وأمّا اعتداد الأمة من الوفاة بشهرين وخمسة أيّام فهو المحكي عن جماعة لقاعدة التنصيف . وصحيح الحلبي «عدّة الأمة إذا توفّي عنها زوجها شهران وخمسة أيّام» (٣).

و صحيح محمّد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام في حديث قال فيه : « و إن مات عنها زوجها فأجلها نصف أجل الحرّة شهران و خمسة أيّام » (٤) .

وما رواه الشيخ في التهذيب عن أبي بصير قال : «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن طلاق الأمة فقال : «تطليقتان و قال : قال أبوعبدالله عليه السلام: عدّة الأمة الّتي يتوفّى عنها زوجها

---

(١) الكافي ج ٦ ص ١٧٥ . والتهذيب ج ٢ ص ٢٤٧ .

(٢) « « ص ١٧٥ . والتهذيب ج ٢ ص ٢٧٤ .

(٣و٤) التهذيب ج ٢ ص ٢٩٢ والاستبصار ج ٣ ص ٣٤٧ .

شهران و خمسة أيّام ، وعدّة الأمة المطلّقة شهر و نصف»(١) .

و عن سماعة في الموثّق قال : «سألته عن الأمة يتوفّى عنها زوجها فقال :عدّتها شهران وخمسة أيّام و قال عدّة الأمة الّتي لاتحيض خمسة وأربعون يوماً » (٢).

و قيل: يجب عليها بوفاة زوجها أربعة أشهر و عشراً لجملة من الصحاح وغيرها كصحيح زرارة «أنّ الحرّة و الأمة كلتيهما إذا مات عنهما زوجهما سواء في العدّة إلّا أنّ الحرّة تحدّ والأمة لاتحدّ »(٣).

و صحيحه الآخر «يا زرارة كلّ النكاح إذا مات الزّوج فعلى المرأة حرّة كانت أو أمة و على أيّ وجه كان النكاح من متعة أو تزويج أو ملك يمين فالعدّة أربعة أشهر و عشراً » (٤).

و موثّق سليمان بن خالد عدّة المملوكة المتوفّى عنها زوجها أربعة أشهر و عشراً » (٥) .

وخبر وهب بن عبد ربّه على ما في الفقيه عن رجل كانت له أمّ ولد و مات ولدها منه فزوّجها من رجل فأولدها غلاماً ، ثمّ إنّ الرجل مات فرجعت إلى سيّدها أله أن يطأها قبل أن يتزوّج بها ؟ قال : لايطأها حتّى تعتدّ من الزّوج الميّت أربعة أشهر و عشرة أيّام ، ثمّ يطأها بالملك من غير نكاح (٦)» إلى غير ذلك .

و قيل بالتفصيل بين مالو كانت أمّ ولد لمولاها فكالحرّة أولا فخمسة و أربعون لشهادة صحيح سليمان بن خالد « عن الأمة إذا طلّقت ماعدّتها ؟ فقال : حيضتان أو شهران حتّى تحيض ، قلت : فإن توفّى عنها زوجها ؟ فقال : إنّ عليّاً عليه السلام قال : في

---

(١) و (٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٩٢ و الاستبصار ج ٢ ص ٣٣٦ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٧٠ التهذيب ج ٢ ص ٢٩١ .

(٤) التهذيب ج ٢ ص ٢٩٣ . والاستبصار ج ٣ ص ٣٥٠ . والفقيه باب .

(٥) التهذيب ج ٢ ص ٢٩٢ .

(٦) . . .

أمهات الأولاد : لايتزوّجن حتّى يعتددن باربعة أشهر و عشراً وهنّ إماء» [1]

وخبر وهب بن عبدربّه على رواية الكليني [2] الساقط فيها قوله « ثمّ ماتت ولدها منه » حيث خصّ في الأولى بأمّهات الأولاد وكذا في الثانية. وقد يقال : إنّ الظاهر أنّ ما نقل عن عليّ صلوات الله عليه ليس لبيان اختصاص الحكم بأمّهات الأولاد بل لبيان أنّه عليه السلام إذا قال في أمّهات الأولاد أنّ الحكم كذا مع أنّها إماء فيظهر أن حكم الإماء ذلك فلا دلالة فيها على الاختصاص ، فقوله عليه السلام : «و هنّ إماء» ليس قيداً للحكم ليدلّ على الاختصاص .

و أمّا خبر وهب فأوّلاً معارض بما في رواية الفقيه من ثبوت قوله «فمات ولدها» فيكون صريحاً في كون العدّة أربعة أشهر و عشراً في غير امّ الولد و ثانياً غاية الامر أن مورده صورة كونها أمّ ولد فلا يدلّ على الاختصاص إذ المورد غير مخصّص فيكون التعارض بين الطائفتين باقياً و الأقوى القول الأوّل يعني القول بأنّها تعتدّ أربعة أشهر و عشراً لأرجحيّة أخباره بموافقتها لعموم الكتاب و مخالفتها للعامّة لأنّ مذهب جماعة منهم على ما قيل هو التنصيف على أنّه يمكن الحمل على التقيّة و على فرض التساوي مقتضى الاستصحاب هو القول الأوّل .

و يمكن أن يقال : أمّا ما ذكر من أنّ الظاهر أنّ ما نقل عن عليّ صلوات الله عليه الخ فيشكل من جهة أنّه إن كان حكم الأمة في عدّة الوفاة حكم الحرّة بلا فرق فلا يترتّب على خصوصها أثر بل في الحقيقة يكون الاعتداد بأربعة أشهر و عشر مرتّباً على الزّوجيّة فما معنى وهنّ إماء لعدم الأثر فالأظهر أن يحمل على أنّ كونهنّ إماء و إن اقتضى التنصيف في العدّة لكن بواسطة الامومة للولد تعتدّ أربعة أشهر وعشراً و الأصل في القيود الاحترازيّة و المدخليّة في الحكم .

نعم يشكل هذا التفصيل من جهة اُخرى و هي أنّه كيف يحمل المطلقات على

---

(۱) الكافي ج ۶ ص ۱۷۰ .

(۲) الكافي ج ۶ ص ۱۷۲ و ۱۷۳ .

خصوص أمّ ولد مع عدم الغلبة .

وأمّا ماذكر من الترجيح من جهة موافقة الكتاب فهوحقّ لكن في الطائفة الاخرى أيضاً مزيّة من جهة موافقة السّنة حيث يستفاد من السّنة التنصيف .

و أمّا ماذكرمن أنّه مع التساوي نرجع إلى الاستصحاب و عدم الحليّة للأزواج إلّا بعد انقضاء أربعة أشهر و عشر فيشكل مع قطع النظر عن الاشكال في جريان الاستصحاب في الشبهات الحكميّة من جهة أن مقتضى القاعدة مع التساوى التخيير لا الرّجوع إلى الأصل . ومع كون الأمة حاملاً تعتدّ بالوضع أيضاً بلا إشكال ولاخلاف ظاهراً .

﴿ ولوطلّقها الزّوج رجعيّة ثمّ مات وهي في العدّة استأنفت عدّة الحرّة ولولم تكن أمّ ولد استأنفت عدّة الأمة للوفاة ، ولومات زوج الأمة ثمّ اُعتقت أتمّت عدّة الحرّة تغليباً لجانب الحرّيّة ، و لووطىء المولى أمته ثمّ أعتقها اعتدّت بثلاثة أقراء ، و لوكان الزّوجة الحرّ أمة فابتاعها بطل نكاحه وله وطئها من غير استبراء ﴾ .

إن قلنا بالتفصيل بين امّ الولد و غيرها فلوطلّق الزّوج أمّ الولد رجعيّة فحالها حال أمّ الولد الّتي ماتزوجها محكومة بالاعتداد عدّة الوفاة أربعة أشهر و عشرأعدّة الحرّة لأنّ المطلّقة بالطلاق الرّجعي بمنزلة الزّوجة و لو لم تكن أمّ ولد تعتدّ عدّة الوفاة شهرين و خمسة أيّام عدّة الأمة ، ولو مات زوج الأمة ثمّ اُعتقت اعتدّت عدّة الحرّة و يدلّ على الحكم ما رواه الصدوق في الصحيح عن جميل و هشام بن سالم عن أبي عبدالله عليه السلام « في أمة طلّقت ثم اُعتقت قبل أن تنقضي عدّتها قال : تعتدّ بثلاث حيض فإن مات عنهازوجها ثمّ اُعتقت قبل أن تنقضي فإنّ عدّتها أربعة أشهر وعشراً[1] » و الاولى الاستدلال به لا بالتغليب لجانب الحرّيّة .

ولو وطىء المولى أمته ثمّ أعتقها اعتدّت بثلاثة أقراء و من الأخبار الواردة في المقام ما رواه في الكافي في الصحيح أوالحسن عن الحلبيّ عن أبي عبدالله عليه السلام قال « في رجل

---

(١) الفقيه باب طلاق العبد تحت رقم ١٢ .

كانت له أمة فوطئها ثمّ أعتقها وقد حاضت عنده حيضة بعد ما وطئها قال : تعتدّ بحيضتين. قال ابن أبي عمير : و في حديث آخر بثلاث حيض[1].

و في الصحيح أو الحسن عن الحلبيّ قال : «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل يعتق سريّته أيصلح له أن يتزوّجها بغير عدّة؟ قال : نعم ، قلت : فغيره ؟ قال : لا حتّى تعتدّ ثلاثة أشهر ـ الحديث »[2] .

وما رواه في التهذيب في الموثّق عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «إن أعتق رجل جاريته ثمّ أراد أن يتزوّجها مكانه فلا بأس و لا تعتدّ من مائه و إن أرادت أن تتزوّج من غيره فلها مثل عدّة الحرّة »[3] .

وما رواه في الكافي والتهذيب عن داود الرقّي في الصحيح عن أبي عبدالله عليه السلام «في المدبّرة إذا مات عنها مولاها أنّ عدّتها أربعة أشهر و عشرة من يوم يموت سيّدها إذا كان سيّدها يطأها ، قيل له : فالرّجل يعتق مملوكته قبل موته بساعة أو بيوم قال: فقال هذه تعتدّ بثلاثة أشهر أو ثلاثة قروء من يوم أعتقها سيّدها »[4] .

و لو كان زوجة الحرّ أمة فابتاعها بطل نكاحه بلا خلاف ظاهراً و استدلّ له بالموثّق المتمّم بعدم القول بالفصل « عن رجلين بينهما أمة فزوّجاها من رجل ، ثمّ إنّ الرّجل اشترى بعض السهمين فقالت : حرمت عليه[5] » ويستأنس لذلك بالمعتبرة المستفيضة الدّالّة على بطلان نكاح الحرّة إذا اشترط زوجها له وطئها من غير استبراء بلا خلاف ظاهراً لقصور الأدلة عن الشمول لمثله ، و مادلّ على عدم وجوب الاستبراء عليه للأمة الموطوءة له إذا أعتقها وأراد أن يتزوّجها .

---

(۱) الكافي ج ۶ ص ۱۷۱ .

(۲) المصدر ج ۶ ص۱۷۲ .

(۳) التهذيب ج ۲ ص

(۴) الكافي ج ۶ص ۱۷۲ .

(۵) التهذيب ج ۲ ص۳۰۴ و ۳۰۵ من حديث سماعة .

﴿ تتمة : لايجوز لمن طلق رجعياً أن يخرج الزوجة عن بيته إلاأن تأتي بفاحشة و هو ما يجب به الحدّ و قيل أدناه أن تؤذي أهله ولا تخرج هي فان اضطرّت خرجت بعد انتصاف اللّيل و عادت قبل الفجر ﴾.

أمّا عدم جواز إخراج الزّوجة المطلّقة بالطلاق الرّجعي فيدلّ عليه الكتاب قال الله تعالى شأنه «ولا تخرجوهنّ من بيوتهنّ ولايخرجن إلاأن يأتين بفاحشة » ، و السّنة ففي صحيح سعدبن أبي خلف «سألت أبا الحسن موسى بن جعفر عليهما السلام عن شيء من الطلاق فقال : إذا طلّق الرّجل امرأته طلاقاً لايملك فيه الرّجعة فقد بانت ساعة طلّقها و ملكت نفسها ولا سبيل له عليها و تعتدّ حيث شاءت و لانفقة لها ، قال : فقلت: أليس الله يقول : « و لاتخروجوهنّ من بيوتهنّ و لايخرجن »؟ قال : فقال : إنّماعنى بذلك الّتي تطلّق تطليقة بعد تطليقة فتلك الّتي لا تخرج و لاتخرج حتّى تطلّق الثالثة فاذا طلّقت الثالثة فقد بانت منه و لانفقة لها ، والمرأة الّتي يطلّقها الرّجل تطليقة ثمّ يدعها حتّى يخلو أجلها فهذه أيضاً تعتدّ في منزل زوجها و لها النفقة و السكنى حتّى تنقضي عدّتها »(١) .

و ما رواه في الكافي و التهذيب عن أبي بصير عن أحدهما عليهما السلام « في المطلّقة أين تعتدّ ؟ قال : في بيتها إذا كان طلاقاًله عليها رجعة ليس له أن يخرجها ولالها أن تخرج حتّى ينقضي عدّتها»(٢) .

و مارواه في الكافي عن سماعة في الموثّق قال : «سألته عن المطلّقة أين تعتدّ؟ قال: في بيتها لاتخرج وإن أرادت زيارة خرجت بعد نصف اللّيل ولاتخرج نهاراً وليس لهاأن تحجّ حتّى تنقضي عدّتها ـ الحديث »(٣) .

و عن الحلبيّ في الصحيح أو الحسن عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « لا ينبغي للمطلّقة أن تخرج إلّا باذن زوجها حتّى تنقضي عدّتها ثلاثة قروء أو ثلاثة أشهر إن

---

(١) الكافي ج ٦ ص ٩٠ و التهذيب ج ٢ ص ٢٧٦ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٩١ و التهذيب ج ٢ ص ٢٨٦ .

(٣) المصدر ج ٦ ص ٩٠ .

لم تحض »[1] .

و أمّا الفاحشة المذكورة في الآية فاختلف في معناها و الأخبار المتعلّقة بالمقام منها ما رواه في الكافي عن محمّد بن عليّ بن جعفر قال : «سأل المأمون الرّضا عليه السلام عن قول الله عزّ و جلّ «لاتخرجوهنّ من بيوتهنّ ولايخرجن إلّا أن يأتين بفاحشة مبيّنة »قال يعني بالفاحشة المبيّنة أن تؤذي أهل زوجها فإذا فعلت ذلك فإن شاء أن يخرجها من قبل أن تنقضي عدّتها فعل »[2] .

و عن عليّ بن إبراهيم ، عن أبيه ، عن بعض أصحابه ، عن الرّضا عليه السلام في قوله عزّ وجلّ : « و لا تخرجوهنّ ـ الخ » قال : «أذاها لأهل الرّجل و سوءخلقها »[3] .

و ما رواه في الفقيه مرسلاً قال : « سئل الصادق عليه السلام في قوله عزّ و جلّ و لا تخرجوهنّ ـ الخ » قال : إلّا أن تزنى فتخرج و يقام عليها الحدّ »[4] و في خبر سعد ابن‌عبد الله المرويّ عن كمال الدّين و تمام النعمة قال : قلت لصاحب الزّمان عليه السلام : أخبرني‌عن الفاحشة‌المبيّنة إذا أتت المرأة بها في أيّام عدّتها حلّ للرّجل أن‌يخرجها من بيته‌فقال : الفاحشة المبيّنة‌السحق دون‌الزّنا فإنّ‌المرأة إذا زنت و اُقيم عليه‌الحدّ ليس لمن أرادها أن يمتنع بعد ذلك من التزويج بها لأجل الحدّ فإذا سحقت وجب عليها الرّجم و الرّجم خزي و من قد أمرالله برجمه فقد أخزاه و من أخزاه فقد أبعده فليس لأحد أن يقربه[5] » و كان ذلك هوالّذي دعى المصنّف في الشرايع و غيره في الكتاب إلى الجمع بما عرفت على معنى‌كلّ فاحشة تقتضي إخراجها وأدناها ذلك .

و يمكن أن يقال الأخبارالمذكورة في هذا المقام مع ضعف السند يشكل‌الأخذ بها مع اختلافها و لامانع من الأخذ بظاهر الكتاب و ما يصدق عليه الفاحشة المبيّنة و أمّا مثل أذاها لأهل الرّجل فإن تمّ الدّليل على كونها فاحشة من جهة عمل الفقهاء

(۱) المصدر ج ۶ ص ۸۹ .

(۲) و (۳) الكافي ج ۶ ص ۹۷ و التهذيب ج ۲ ص ۲۸۶ .

(۴) الفقيه باب طلاق السنة تحت رقم ۱۰ .

(۵) المصدر ص ۲۵۴ .

قدّس الله أسرارهم و إلّا يشكل من جهة الإشكال في صدق الفاحشة عليه لكن المعروف بين الأعلام عدّه من الفاحشة واستدلّ بالاجماع و عموم الآية و بإخراجه عليه السلام فاطمة بنت قيس لمّا بذت على أحمائها ، وعن مجمع البيان هو المروي عن أبي عبدالله عليه السلام و كيف كان لا إشكال في حرمة خروج المرأة لا طلاق الكتاب و السنّة إلّا مع الاضطرار فيجوز بلا خلاف ظاهراً لمكاتبة الصفّار إلى أبي محمّد الحسن بن عليّ عليهما السلام « في امرأة طلّقها زوجها و لم يجرعليها النفقة للعدّة وهي محتاجة هل تجوز لها أن تخرج وتبيت عن منزلها للعمل والحاجة ؟فوقّع عليه السلام لا بأس بذلك إذا علم الله الصحّة منها»[1] .

و يمكن أن يقال : بعد ماكان حرمة الخروج في صورة عدم إذن الزّوج و مع الإذن لم يحرم الخروج كما يستفاد من رواية الحلبيّ المذكورة فاللّازم الاستيذان من الزّوج و مع إذنه لاحرمة حتّى يحتاج إلى تحقّق الاضطرار ، ومع عدم الإذن يرفع الحرمة من جهة الاضطرار،والمكاتبة المذكورة لاتقييد فيها بالخروج بعد انتصاف اللّيل و العود قبل الفجر ، نعم التقييد بالخروج بعد انتصاف اللّيل مقتضى ما رواه في الكافي عن سماعة في الموثّق قال : « سألته عن المطلّقة أين تعتدّ قال : في بيتها لاتخرج و إن أرادت زيارة خرجت بعد نصف اللّيل ولاتخرج نهاراً وليس لها أن تحجّ حتّى تنقضي عدّتها ـ الحديث[2]» ولم يذكر فيها الاضطرار .

﴿ولا يلزم ذلك في البائن ولا المتوفّى عنها زوجها بل تبيت كلّ واحد منهما حيث شاءت و تعتدّ المطلّقة من حين الطلاق حاضراً كان المطلّق أو غائباً إذا عرفت الوقت ، و في الوفاة من حين يبلغها الخبر﴾

لا إشكال ولاخلاف ظاهراً في عدم لزوم ما ذكر في المطلّقة بالطلاق الرّجعي من عدم الخروج من بيت الزّوج و عدم إخراجها مع كون الطلاق بائناً لانقطاع العصمة و قد وقع التصريح في صحيح أبي خلف المذكور و كذلك المتوفّى عنها زوجها حيث إنّها بائت ، و يستفاد من قوله عليه السلام في الصحيح المذكور على المحكيّ «إنّما عنى بذلك ـ

---

(١) الفقيه باب طلاق السنة تحت رقم ١١ .

(٢) تقدم آنفاً .

الخ » انحصار الحكم المذكور بالمطلّقة الرّجعيّة ، وأمّا اعتداد المطلّقة من حين الطلاق فلا خلاف فيه ظاهراً مع حضور الزّوج و أمّا مع الغيبة فهو الأشهر و هو مقتضى اتّصال المسبّب بسببه و استدلّ بالصحيح عن محمّد بن مسلم قال : قال أبو جعفر عليه السلام : « إن طلّق الرّجل و هو غائب فليشهد على ذلك فإذا مضى ثلاثة أقراء من ذلك اليوم فقد انقضت عدّتها »[1]

و عن زرارة ومحمّدبن مسلم وبريد بن معاوية ، عن أبي جعفر عليه السلام في الصحيح أو الحسن أنّه قال : في الغائب : «إذا طلّق امرأته فإنّها تعتدّ من اليوم الّذي طلّقها»[2]

وما في خبر الحلبيّ من قوله عليه السلام على المحكيّ «فلتعتدّ من يوم يبلغها » [3] لعلّه قابل للحمل على يوم الطلاق الواصل إلى المرأة وللحمل على يوم بلوغ الخبر ، و مع إجماله لاإشكال بعد التصريح باعتبار يوم الطلاق في سائر الأخبار .

و أمّا الاعتداد في الوفاة ومن حين بلوغ الخبر فيدلّ عليه ما رواه في كتاب قرب الإسناد عن أحمد بن محمّد بن عيسى ، عن أحمد بن محمّد بنأبي نصر ، عن الرّضا عليه السلام في الصحيح قال : « سأله صفوان بن يحيى و أنا حاضر عن رجل طلّق امرأته و هو غائب فمضت أشهر فقال : إذا قامتالبيّنة أنّه طلّقها منذكذا و كذا و كانت عدّتها قدانقضت فقد حلّت للأزواج ، قال : فالمتوفّى عنها زوجها؟قال : هذه ليست مثل تلك هذه تعتدّ من يوم يبلغها الخبرلأنّ عليها أن تحدّ» [4].

وما رواه ثقة الاسلام في الصحيح عن محمّد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام «في الرّجل يموت و تحته امرأة و هو غائب قال : تعتدّ من يوم يبلغها و فاته [5] » إلى غير ما ذكر من الأخبار .

وفي قبال ما ذكر صحيح الحلبيّ عن أبي عبدالله عليه السلام «قلت له : امرأة بلغهانعي زوجها بعد سنة أو نحو ذلك ؟ فقال : إن كانتحبلى[6]فأجلها أن تضع حملها ، وإن كانت

---

(١) و (٢) و (٣) الكافي ج ۶ ص ١١١ و ١١٠ .
(۴) المصدر ص ١٥٩ .
(٥) الكافي ج ۶ ص ١١٢ . (۶) يعني حين خرج زوجها

ليست بحبلى فقد مضت عدّتها إذا قامت لها البيّنة أنّه مات في يوم كذا وكذا ، وإن لم يكن لها بيّنة فلتعتدّ من يوم سمعت »(١)

و خبر الحسن بن زياد «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن المطلّقة يطلّقها زوجها و لا تعلم إلّا بعد سنة والمتوفّى عنها زوجها ولاتعلم بموته إلّا بعد سنة ؟ قال : إن جاء شاهدان عدلان فلا تعتدّان وإلّا يعتدّان »(٢)

وخبر وهب بن وهب عن جعفر عن أبيه عليهما السلام «أنّ عليّاً عليه السلام سئل عن المتوفّى عنها زوجها إذا بلغها ذلك وقد انقضت عدّتها فالحداد يجب عليها ؟ فقال عليّ صلوات الله عليه : إذالم يبلغها حتّى ينقضي عدّتها فقد ذهب ذلك كلّه وقد انقضت عدّتها (٣)»

ولكن الأصحاب لم يعملوا بمضمونها ولكونها موافقة للمحكيّ عن العامّة و ذهب الشيخ في التهذيب إلى أنّ المتوفّى عنها زوجها تعتدّ من يوم وفاة الزّوج إن كان المسافة قريبة كيوم أويومين أو ثلاثة و إلّا فمن يوم بلغها الخبر و استدلّ عليه بما رواه في الصحيح عن منصور قال : «سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول : في المرأة يموت زوجها أو يطلّقها وهو غائب قال : إن كانت مسير أيّام فمن يوم يموت زوجها تعتدّ، و إن كان من بعد فمن يوم يأتيها الخبر لأنّها لابدّ أن تحدّ»(٤)

ولا يخفى الاشكال في العمل به في قبال الأخبار الكثيرة و عدم عمل غير الشيخ، والحمد لله أوّلاً و آخراً .

---

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٩٥ و الاستبصار ج ٣ ص ٣٥٥ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٩٤ والاستبصار ج ٣ ص ٣٥٥ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٣٣ و قرب الاسناد ص ٦٧ .

(٤) التهذيب ج ٢ ص ٢٩٥ والاستبصار ج ٣ ص ٣٥٦ .

كتاب الخلع

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

الحمد لله رب العالمين و الصلوة والسلام على محمد وآله الطاهرين .

﴿كتاب الخلع والمبارأة والكلام في العقد والشرائط واللّواحق وصيغة الخلع أن يقول : خلعتك أو فلانة مختلعة على كذا ، وهل يقع بمجرّده ؟ قال علم الهدى : نعم ، و قال الشيخ : لاحتّى يتبع بالطلاق ولو تجرّد كان طلاقاً عند المرتضى و فسخاً عند الشيخ لو قال بوقوعه مجرّداً ﴾.

قد يقال : إنّ الخلع بالضمّ من الخلع بفتح الخاء المعجمة الّذي هو بمعنى النزع لغةً ، و شرعاً إزالة قيد النكاح بفدية من الزّوجة وكراهة منها له خاصةً .

وعن القاموس الخلع كالمنع النزع إلاّأنّ في الخلع مهلة ـ إلى أن قال : ـ و بالضم طلاق المرأة ببذل منها أو من غيرها .

و يمكن أن يقال : يظهر من الكلام الأوّل اشتقاق الخلع بالضمّ من الخلع بالفتح و هذا مبنيٌّ على كون المصدر مشتقاً منه و كون المشتّقات مشتّقات منه ، و الظاهر أنّ المصدر ليس مشتقاً منه بل هو أيضاً مشتّقٌ كساير المشتّقات و كلّها هيئات للخاء المعجمة واللاّم و العين المهملة المحفوظة في جميعها وما قيل في تعريف الخلع شرعاً من إزالة قيد النكاح الخ الظاهر خروج مثل الفدية والكراهة عن حقيقته وإلّا لزم التكرار كما لا يخفى فالخلع نفس الازالة والخصوصيّات خارجة عن مدلوله بدوال آخر وكيف كان يحتاج الخلع إلى الانشاء بالصيغة وظاهر المتن انحصارها في الصيغتين ويشكل من جهة أنّ الخلع الظاهر أنّه من العقود بخلاف الطلاق حيث إنّه من الايقاعات فان شمله عموم «أوفوا بالعقود» فلاوجه

للحصر و إن استشكل فيه من جهة أنّ العقد بمعنى العهد أو المشدّد منه فلا يشمل مثل الخلع و إن كان الظاهر عدم توجّه الاشكال و مع عدم شمول عموم «أوفوا» و عدم عموم أو إطلاق في الأخبار المتعلّقة بالمقام فاللازم الرّجوع إلى الأصل و المعروف بينهم الاحتياط و الأخذ بالمتيقّن لأصالة عدم ترتّب الأثر ولايبعد التمسّك بحديث الرّفع في الشكّ في الجزئيّة والشرطيّة و هو مقدّم على أصالة عدم ترتّب الأثر إن قلنا بجريان الاستصحاب في الشبهات الحكميّة .

و أمّا الكلام في وقوعه مجرّداً عن الطلاق أو أنّه يحتاج إلى الطلاق بعده فيحتاج إلى ذكر الأخبار الواردة في المقام فمنها ما رواه الصدوق في الصحيح عن حمّاد عن الحلبيّ عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «عدّة المختلعة عدّة المطلّقة و خلعها طلاقها وهي تجزى من غير أن يسمّى طلاقاً» (١)

وما رواه الشيخ عن زرارة ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : «لا يكون الخلع حتّى تقول : لا اُطيع لك أمراً ، و لا أبرّ لك قسماً ، ولا اُقيم لك حدّاً فخذ منّي و طلّقني ، فإذا قالت ذلك فقد حلّ له أن يخلعها بما تراضيا به من قليل أو كثير و لا يكون ذلك إلّا عند سلطان ، فإذا فعلت فهي أملك بنفسها من غير أن يسمّى طلاقا»(٢) .

و عن سليمان بن خالد في الصحيح قال : « قلت : أرأيت إن هو طلّقها بعد ما خلعها أيجوز عليها ؟ قال : قال : و لم يطلّقها و قد كفاه الخلع و لو كان الأمر إلينا لم نجز طلاقاً »(٣) .

وعن محمّد بن إسماعيل بن بزيع قال : في الصحيح «قال: سألت أبا الحسن الرّضا عليه السلام عن المرأة تبارىء زوجها أو تختلع منه بشهادة شاهدين على طهر من غير جماع هل تبين منه بذلك أو هي امرأته ما لم يتبعها بالطلاق ؟ قال : تبين منه و إن شاءت أن يردّ إليها ما أخذ منها وتكون امرأته فعلت فقلت: إنّه قد روي أنّه لاتبين منه حتّى يتبعها بطلاق؟

(١) الفقيه باب الخلع تحت رقم ٢ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٧٦ . والاستبصار ج ٣ ص ٣١٨ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٧٧ والاستبصار ج ٣ ص ٣١٨ .

قال : ليس ذلك إذاً خلع ، فقلت : تبين منه ؟ قال : نعم »[١]

وما رواه في الكافي عن محمّد بن إسماعيل في الصحيح قال : «سألت أبا الحسن الرّضا عليه السلام عن المرأة تبارىء زوجها أو تختلع منه بشاهدين علي طهر من غير جماع هل تبين منه ؟ فقال : أمّا إذا كان على ما ذكرت فنعم ، قال : قلت : قد روي لنا أنّها لاتبين منه حتّى يتبعها بالطلاق؟ قال: فليس تلك إذاً خلعا فقلت : تبين منه قال : نعم»[٢].

وفي قبال ما ذكر ما رواه في الكافي عن موسى بن بكر ، عن العبد الصالح عليه السلام قال : قال : عليٌّ عليه السلام: «المختلعة يتبعها بالطلاق مادامت في العدّة »[٣] .

و ما رواه الشيخ في التهذيب عن موسى بن بكر ، عن أبي الحسن الأوّل عليه السلام قال : «المختلعة يتبعها بالطلاق مادامت في عدّة »[٤] قد يقوي عدم الحاجة إلى الاتباع بالطلاق من جهة الأخبار الصحاح المذكورة .

و في قبالها ليس إلّا خبر موسى بن بكر و هو واقفيٌّ غير موثّق ، ويمكن أن يقال: هذا لولم يكن مجبوراً بعمل مثل الشيخ وابن زهرة وابن إدريس مع أنّ ابن إدريس ممّن لا يعمل إلّا بالقطعيّات من الأخبار، وحكى الشيخ أنّه مذهب جماعة من المتقدّمين ، ويبعد أن يكون الفتوى من غير جهة الرّواية وقد يحمل الأخبار الصحاح المذكورة على التقيّة لموافقتها للعامّة ، و يشكل من جهة إباء بعضها عن هذا الحمل ففي صحيح سليمان بن خالد « لو كان الأمر إلينا لم نجز طلاقاً » ، ثم إنّه مع الأخذ بالأخبار الدّالّة على عدم الاتباع بالطلاق قد يستظهر من بعضها أنّه مع الاتباع لايصحّ الخلع لأنّه لغولاً يضرُّ بصحّة الخلع فاستظهر من صحيحتي ابن بزيع حيث قال على المحكيّ «ليس ذاك إذاً خلعا» بناءً على نسخة النصب وفي الاُخرى « فليس تلك إذاً خلعا » بل و على نسخة الرفع مع اضمار ضمير الشأن إسماً لليس وعلى هذا فما هو المعمول المتعارف من الاتباع احتياطاً يكون خلاف الاحتياط إلّا أن يكون لفظ خلع فعلاً و لم يكن بالنصب خبراً

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٧٦ .
(٢) المصدر ج ٦ ص ١٤٣ .
(٣) المصدر ج ٦ ص١٣١ .
(٤) التهذيب ج ٢ ص ٢٧٦ والاستبصار ج ٣ ص ٣١٧ .

لليس و يشكل من جهة لزوم كون ليس تامّة و لايستعمل ليس تامّة ولا يبعد أن يكون المراد أنّه مع الاتباع ليس خلعاً بمعنى أنّه شيء آخر لا أنّه مانع عن تحقّق الخلع الواقع فتدبّر .

والحاصل أنّه مع حجّية خبر موسى بن بكر تقع المعارضة ولعلّ الترجيح مع تلك الأخبار الصحاح والمشهور أخذوابها .

وأمّا أنّه مع تجرّد الخلع عن الطلاق و القول بصحّته يكون طلاقاً يترتّب عليه أثر بحيث تكون المرأة معه على تطليقتين و بعدهما تحرم حتّى تنكح زوجاً غيره أو يكون فسخاً لايترتّب عليه أثر الطلاق ففيه خلاف ذهب الأكثر إلى أنّه طلاق ويدلّ عليه قول أبي عبدالله عليه السلام على المحكيّ في صحيحة الحلبيّ أو حسنته « فإذا قالت المرأة ذلك لزوجها حلّ له ما أخذه منها و كانت عنده على تطليقتين باقيتين و كان الخلع تطليقة[1] » و قوله عليه السلام على المحكيّ في صحيحة محمّد بن مسلم أو حسنته « فإذا فعلت ذلك من غير أن يعلمها حلّ له ما أخذه منها وكانت تطليقة بغير طلاق يتبعها و كانت بائناً بذلك - الخبر»[2] .

وفي خبر أبي الصباح الكناني عن أبي عبدالله عليه السلام «إذا خلع الرّجل امرأته و هي واحدة بائن و هو خاطب من الخطّاب »[3]

وفي رواية أبي بصير عنه عليه السلام «فإذا قالت المرأة لزوجها ذلك حلّ خلعها و حلّ لزوجها ما أخذ منها و كانت عنده على تطليقتين باقيتين وكان الخلع تطليقة [4]» إلى غير ما ذكر من الأخبار .

واحتجّ للشيخ بأنّ الخلع فرقة عريت عن صريح الطلاق و نيّته فكانت فسخاً كسائر الفسوخ و اُجيب بأنّه لااستبعاد في مساواته للطلاق و قد دلّ الحديث عليه .

﴿ وما صحّ أن يكون مهراً صحّ فدية في الخلع و لا تقدير فيه بل يجوز أن يأخذ منها زائداً عمّا وصل إليها منه ولابدّ من تعيين الفدية و صفاً أو إشارة ﴾.

---

(١) و (٢) و (٣) الكافي ج ٦ ص ١٤٠ .

(٤) الكافي ج ٦ ص ١٤١ .

المعروف أنّ كلّما صحّ أن يكون مهراً صحّ أن يكون فدية ، ولازم هذا حيث إنّه في مقام التحديد أنّ كلّما لايصحّ أن يكون مهراً لايصحّ أن يكون فدية . و من الأخبار المتعلّقة بهذا المقام قوله عليه السلام على المحكيّ في موثّقة سماعة «فإذا هي اختلعت فهي بائن وله أن يأخذ من مالها ما قدر عليه و ليس له أن يأخذ من المبارئة كلّ الّذي أعطاه [١] » .

و في رواية زرارة «فإذا قالت ذلك فقد حلّ له أن يخلعها بما تراضيا عليه من قليل أو كثير » [٢].

وروى زرارة في الصحيح أو الحسن عن أبي جعفر عليه السلام قال : «المبارئة يؤخذ منها دون المهر والمختلعة يؤخذ منها ماشاء لأنّ المختلعة تعتدي في الكلام وتكلّم بمالا يحلّ لها[٣] » و في جملة من الأخبار « حلّ ما أخذ منها ».

ويمكن الفرق بين المهر والفدية إن قلنا في المهر باعتبار كون المهر ملكاً للزوج باعتبار شبه المعاوضة بين المهر والبضع بخلاف باب الخلع حيث إنّ الظاهر أنّ المعاوضة فيه بين البذل والتمليك و بين الخلع والطلاق ولامانع من تمليك ملك الغير في قبال ما يرجع إلى المملّك و إن كان الملك ملكاً لغير المملّك إذا كان بإذن المالك للملك كإذن مالك رهن ملكه للراهن ، نعم هذا يتمّ إن أخذ بإطلاق قوله عليه السلام على المحكيّ في رواية زرارة « فقد حلّ له أن يخلعها بما تراضيا عليه ـ الخ » و لا يستشكل بأنّ النظر إلى القليل والكثير في مقابل المباراة ولا إطلاق له من هذه الجهة .

وأمّا ما ذكر في المتن من لزوم التعيين وصفاً أو إشارة فيشكل بعدم الدّليل عليه حيث إنّه قد سبق في باب المهر في النكاح عدم لزوم التعيين غاية الأمر لابدّ أن لا يكون مجهولاً بحيث لا يعتبره العقلاء في باب المعاوضات كالتعبير بشيء أو فعل و نحوهما .

---

(١) الكافي ج ٦ ص ١٤٠ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٧٥ والاستبصار ج ٣ ص ٣١٨ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٤٢ .

﴿أمّا الشرائط فيعتبر في الخالع البلوغ و كمال العقل و الاختيار و القصد، و في المختلعة مع الدّخول الطهر الّذي لم يجامعها فيه إذا كان الزّوج حاضراً و كان مثلها تحيض وأن يكون الكراهية منها خاصّة صريحاً، ولا يجب لو قالت لأدخلنّ عليك من تكره بل يستحبّ، ويصحّ خلع الحامل مع الدّم لو قيل أنّها تحيض﴾.

أمّا اعتبار البلوغ و سائر ماذكر في الخالع فلما ذكر في الطلاق لأنّ الخلع طلاق حقيقةً أو بمنزلته فيعتبر في الخالع ما يعتبر في المطلّق فإن بنى على صحّة طلاق البالغ عشراً فالظاهر صحّة خلعها نعم على مذهب الشيخ القائل بأنّ الخلع فسخ أمكن المنع هنا ولو قيل في الطلاق بالصحّة لما دلّ على عدم صحّة نحو هذا من غير البالغ و كذا الكلام في المختلعة فيعتبر فيها ما يعتبر في المطلّقة ويشكل بناء على كون الخلع فسخاً إلّا أن يستشكل بأنّ الخلع ليس طلاقاً حقيقة و التنزيل لا يدلّ على جريان تمام أحكام الطلاق فيه حتّى مثل صحّة طلاق الغائب بالنحو المذكور في باب الطلاق.

نعم لا إشكال في اعتبار كون الخلع على طهر المرأة من غير جماع و يدلّ عليه ما رواه الكليني عن محمّد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: «لا طلاق ولا خلع و لا مباراة و لا خيار إلّا على طهر من غير جماع»[1].

وما رواه الكليني أيضاً في الصحيح عن محمّد بن إسماعيل قال: «سألت أبا الحسن الرّضا عليه السلام عن المرأة تبارىء زوجها أو تختلع منه بشاهدين على طهر من غير جماع هل تبين منه؟ فقال: إذا كان ذلك على ما ذكرت فنعم[2]».

و ما رواه في التهذيب عن محمّد بن إسماعيل بن بزيع في الصحيح قال: «سألت أبي الحسن الرّضا عليه السلام عن المرأة تبارىء زوجها أو تختلع منه بشهادة شاهدين على طهر من غير جماع هل تبين منه بذلك أو هي امرأته ما لم يتبعها بالطلاق؟ فقال: تبين منه - الحديث»[3].

---

(١) و (٢) الكافي ج ٦ ص ١٤٣.

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٧٦.

وأمّا اشتراط كون الكراهية منها خاصّةً صريحاً فاستدلّ عليه بما رواه في الكافي و الفقيه في الصحيح عن أبي عبدالله عليه السلام قال: « المختلعة لا يحلّ خلعها حتّى تقول لزوجها: والله لاأبرّ لك قسماً، ولاأُطيع لك أمراً، ولا أغتسل لك من جنابة ولأُوطين فراشك من تكرهه ولأُذننّ عليك بغير إذنك وقد كان الناس يرخّصون في ما دون هذا فإذا قالت المرأة ذلك لزوجها حلّ له ما أخذ منها وكانت عنده على تطليقتين باقيتين و كان الخلع تطليقة و قال: يكون الكلام من عندها »[1].

وما رواه في الكافي عن سماعة في الموثّق قال: «سألته عن المختلعة فقال: لايحلّ لزوجها أن يختلعها حتّى تقول: لاأُبرّ لك قسماً، ولاأُقيم حدوداً لله فيك، ولا أغتسل لك من جنابة، و لأُوطينّ فراشك و لأُدخلنّ بيتك من تكرهه من غير أن تعلم هذا ولا يتكلّمونهم و تكون هي الّتي تقول ذلك فإذا هي اختلعت فهي بائن و له أن يأخذ من مالها ما قدر عليه »[2].

و ما رواه في الكافي عن محمّد بن مسلم في الصحيح أو الحسن عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «المختلعة الّتي تقول لزوجها: اخلعني و أنا أعطيك ما أخذت منك فقال: لايحلّ له أن يأخذ منها شيئاً حتّى تقول: والله لاأبرّ لك قسماً ولا أُطيع لك أمراً ولاوذننّ في بيتك بغير إذنك فإذا فعلت ذلك من غير أن يعلمها حلّ له ما يأخذ منها وكانت تطليقة بغير طلاق يتبعها و كانت بائناً بذلك و كان خاطباً من الخطّاب[3]» إلى غير ما ذكر من الأخبار.

فاستظهر من هذه الأخبار اشتراط شدّة الكراهية و قول المرأة أمثال هذه الأقوال فالكراهية الغير البالغة إلى الشدّة أو البالغة إليها بدون القول لاتكفيان، و المعروف بين المتأخّرين الاكتفاء بمطلق الكراهية و استظهر من قول الله تعالى « فإن خفتم أن لايقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به».

---

(١) الفقيه باب الخلع تحت رقم ٢ و الكافي ج ٦ ص ١٤١.

(٢) و (٣) الكافي ج ٦ ص ١٤٠.

و المروي من طرق العامّة عن ابن عباس أنّها جاءت امرأة ثابت بن قيس بن شمّاس إلى رسول الله صلى الله عليه وآله و هي بنت عبدالله بن اُبي وكان يحبّها و تبغضه ، فقالت: يا رسول الله لاأنا ولا ثابت ولا يجمع رأسي رأسه شيء و الله لاأعيب عليه في دين و لا في خلق ولكن أكره الكفر بعد الاسلام ما أصفه بغضاً إنّي رفعت جانب الخبأ فرأيت أقبل في عدّة فإذا هو أشدّهم سواداً و أقصرهم قامة و أقبحهم وجهاً فنزلت الآية و كان قد أصدقها حديقة فقال ثابت : يارسول الله ترد الحديقة فقال رسول الله ماتريدين؟ فقالت : نعم وأزيده فقال لاحديقة فقط فاختلعت منه» .

ويقول الباقر عليه السلام على المحكي في صحيح ابن مسلم «إذا قالت المرأة لزوجها لااُطيع لك أمراً مفسّراً و غير مفسّر حلّ له أن يأخذ منها و ليس له عليها رجعة[1]»

و خبر سماعة قال للصادق عليه السلام : « لايجوز للرّجل أن يأخذ من المختلعة حتّى تتكلّم بهذا الكلام كلّه فقال : إذا قالت:لا اُطيع الله فيك حلّ له أن يأخذ منها ما وجد [2] ».

والمحكي عن الشيخ و غيره من المتقدّمين أنّه لايجوز الخلع إلّا بعد أن يسمع منها مالايحلّ ذكره من قولها لاأغتسل لك عن جنابه ولااُقيم لك حدّاً ولاُوطئنّ فراشك من تكرهه أو يعلم ذلك منها فعلاً .

ويمكن أن يقال يشكل استفادة اشتراط شدّة كراهية المرأة بل أصل الكراهية من الكتاب والأخبار المذكورة ، نعم الأقوال المذكورة في الاخبار ناشئة عن الكراهية بل يمكن أن تكون المرأة بانية على عدم القيام بما يجب عليها من دون كراهة بالنسبة إلى الزّوج و قوله تعالى : « فان خفتم أن لايقيما ـ الخ » لايستفاد منه الكراهية و نزوله في شأن شخصين خاصّين لا يوجب اعتبار خصوصيّاتهما لكنّ الظاهر أنّ اشتراط الكراهية من المسلّمات ويقع التعارض بين الأخبار السالفة و الخبرين المذكورين ولايبعد الأخذ بهما

(١) الكافي ج ٦ ص ١٤١ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٧٦ والاستبصار ج ٣ ص ٣١٨ .

لموافقة الكتاب وإن كانت مخالفة تلك الأخبار مع صراحتها وصحّة إسنادها مشكلة ، ثمّ إنّه مع فرض شدّة الكراهة أو مطلق الكراهة إذا كانت المرأة مقيمة حدود الله و لم يخف ترك حدود الله تعالى يشكل صحّة الخلع لظاهر قوله تعالى «فإن خفتم» وظهور ما في الأخبار المذكورة » من قولها كذا و كذا في كون المرأة ممّن يخاف أن تفعل أو تترك ما ذكرت .

وأمّا عدم وجوب الخلع لو قالت لأدخلنّ عليك من تكره فلظاهر قوله تعالى في كلامه تعالى و تقدّس «فلا جناح عليهما فيما افتدت به » والتعبير في الأخبار المذكورة بالحلّيّة .

و ما في الشرايع من أنّ فيه رواية بالوجوب لم يعثر عليها ولم يظهر دليل على الاستحباب أيضاً إلّا أن يتمسّك بقاعدة التسامح في السنن وفيه كلام .

و أمّا صحّة خلع الحامل مع رؤية الدّم مع القول باجتماع الحمل و الحيض فلمّا مرّ في كتاب الطلاق من صحّة طلاق الحامل مع استبانة الحمل و إن رأت الدّم .

﴿ ويعتبر في العقد حضور الشاهدين العدلين و تجريده عن الشرط ولا بأس بشرط يقتضيه العقد كما لو شرط الرّجوع إن رجعت ﴾ .

أمّا اعتبار حضور الشاهدين العدلين فلاعتباره في مطلق الطلاق و الخلع طلاق أو بمنزلة الطلاق فيعتبر فيه جميع ما يعتبر في الطلاق و لما في خبري محمّد بن إسماعيل المذكورين .

وأمّا اعتبار تجريده عن الشرط فقد يقال : إن كان المراد من الشرط في المقام هو نحو الشرائط الالتزاميّة في العقود فهو خارج عمّا نحن فيه من الشرط التعليقيّ الّذي تقدّم اعتبار تجرّد الطلاق عنه ، وإنّما هي مسألة اُخرى مبناها على قابليّة الطلاق و غيره من الايقاعات للشرائط الالتزاميّة على نحو العقود أو خصوص الخلع منه باعتبار مشابهته للعقد لعموم « المؤمنون عند شروطهم » وعدمها ، وإن كان المراد من الشرط هنا هو الّذي يقتضي تعليق انشاء الإيقاع فتحقيق الحال فيه أنّ الإجماع بقسميه على اعتبار التنجيز في العقد و الايقاع وقد ذكرنا أنّ وجه البطلان أنّه يقتضي تأخير الأثر سواء كان على أمر محتمل أو متيقّن الحصول .

ويمكن أن يقال : إنّ النظر إلى المعنى الثاني للشرط كما ذكر في العقود من اعتبار التنجيز فيها في مقابل التعليق والوجه في اعتباره الإجماع ليس غير وما ذكر في وجه البطلان من أنّه مع التعليق يلزم تأخّر الأثر لا يتمّ وإلّا لزم بطلان الوجوب المشروط والإجماع فيما لم يكن المنشأ متعلّقاً في الواقع ومع كون المنشأ معلّقاً في الواقع لا مانع من التعليق في مقام الإنشاء فالطلاق معلّق واقعاً على الزّوجيّة فلو طلّق المرأة معلّقاً على زوجيّتها كما لو كان شاكّاً في زوجيّتها فلا مانع والبيع معلّق على الملكيّة و السلطنة فلو علّق التمليك على الملكيّة فلا دليل على البطلان وما ذكر من كون المنشأ معلّقاً هو المشهور وبعض الأكابر يجعل الإنشاء معلّقاً على الشرط وتفصيل الكلام في الأُصول .

هذا ولكن ما ذكر في المتن من قوله - قدّس سرّه - : «ولا بأس بشرط يقتضيه - الخ» ليس من هذا القبيل فإنّ جواز رجع الزّوجة مع رجوع الزّوجة إلى الفدية من الآثار وليس ممّا يكون الخلع معلّقاً عليه ويكون من قبيل شرط خيار المجلس في العقد ولا دليل على اشتراط عدمه والأُولى التعبير بالرّجع لا الرّجوع لأنّ الزّوج في الطلاق الرّجعي وما هو بمنزلة له أن يردّ المرأة إلى نفسه و الرّجع متعدّ دون الرّجوع .

﴿ وأمّا اللّواحق فمسائل : الأُولى لو خالعها و الأخلاق ملتئمة لم يصحّ ، ولم يملك الفدية . الثانية لا رجعة للخالع نعم لو رجعت في البذل رجع إن شاء . و يشترط رجوعها في العدّة ، ثمّ لا رجوع بعدها . الثالثة لو أراد مراجعتها ولم ترجع في البذل افتقر إلى عقد جديد في العدّة أو بعدها . الرّابع لا توارث بين المختلعين ولو مات أحدهما في العدّة لانقطاع العصمة بينهما ﴾ .

أمّا عدم صحّة الخلع مع إلتيام الأخلاق بنحو لا كراهة للمرأة فظهر وجهه ممّا مرّ ومرّ أنّ حلّيّة الفدية منوطة بصحّة الخلع وقد سبق الإشكال من أنّ مقتضى قوله تعالى «فإن خفتم - الخ» أنّ النظر إلى عدم إقامة حدود الله بل لولا شبهة الإجماع أمكن أن يقال : إذا خيف عدم إقامة حدود الله ولو كانت المرأة مقيمة في الواقع حلّ

الفدية و صحّ الخلع وهذا أيضاً مقتضى خبر سماعة المذكور . و الظاهر عدم التزامهم بهذا .

وأمّا انّه لارجعة للخالع فلما في الأخبار المذكورة من التصريح بالبينونة و في صحيح ابن مسلم المذكور «وليس له عليها رجعة» .

و أمّا صيرورته رجعياً مع رجوع المرأة إلى الفدية فيدلّ عليها صحيحة محمّد بن إسماعيل بن بزيع عن الرضا عليه السلام قال فيها على المحكيّ « تختلع منها بشهادة شاهدين على طهر من غير جماع وهل تبين منه بذلك أوهي امرأته مالم يتبعها بالطلاق فقال تبين منه وإن شاء أن يردّ إليها ما أخذ منها و تكون امرأته فعلت ـ الحديث [(١)]» .

و موثّقة فضل أبي العبّاس عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « المختلعة إن رجعت في شيء من الصلح يقول لأرجعنّ في بضعك[(٢)] » و مقتضى الإطلاق جواز رجوع المرأة إلى الفدية ولو لم يرض الزوج الخالع فلا وجه لاعتبار تراضي الطرفين كما حكي عن ابن حمزة وإن نفي البأس عنه في المختلف لكنّ الظاهر من صحيحة محمّد بن إسماعيل المذكورة جواز ردّ الزّوج الفدية وإن لم ترض المرأة وصيرورة الخلع رجعياً وهذا خلاف ظاهر كلماتهم من اعتبار رجوع المرأة .

وهل يعتبر في جواز رجوع المرأة إلى الفدية تمكّن الزّوج من رجعها بحيث لو لم يكن لها عدّة كالصغيرة و اليائسة لم يكن لها الرّجوع قد يقال بالاعتبار تمسّكاً بقاعدة نفي الضرر واستظهاراً من النصوص ويشكل من جهة الإشكال في تعميم القاعدة و لذا قيل : لو أخذ بعموم القاعدة يلزم فقه جديد .

وأمّا النصوص فلا يستفاد منها إلّا أنّه مع رجوع المرأة للرّجل أن يرجعها ولا يستفاد منها أنّه مع عدم إمكان الرّجع ليس له الرّجوع ، ثمّ إنّه مع اعتبار امكان الرّجع لا بدّ من كون رجوع المرأة في العدّة لعدم إمكان الرّجع إلّا في العدّة و مع

---

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٧٦ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٧٧ .

عدم الاعتبار ما الوجه في اعتبار كون رجوع المرأة بالفدية في العدّة بحيث لم يجز بعد انقضاء العدّة إلّا أن يتمسّك بالاجماع كما ادّعي .

و أمّا انّه لو أراد مراجعتها مع عدم رجوع المرأة بما بذلت احتاج إلى عقد جديد فلبهونتها من الزّوج وانقطاع العصمة فلابدّ من العقد وقد ذكر في بعض الأخبار ، أنّه خاطب من الخطّاب إلّا أنّه لامانع من العقد في العدّة بالنسبة إلى الزّوج بخلاف العقد بالنسبة إلى غير الزّوج حيث إنّه لابدّ فيه من انقضاء العدّة .

و أمّا إنّه لاتوارث بينهما فلما عرفت من البينونة بعد تحقّق الخلع و انقطاع العصمة ، ويدلّ عليه ما رواه الشيخ عن ابن رئاب قال : « سمعت حمران يروي عن أبي عبدالله عليه السلام قال : لايكون خلع ولا تخيير ولا مباراة إلّا على طهر من غير جماع و بشاهدين يعرفان الرّجل ويريان المرأة ويحضران التخيير وإقرار المرأة على أنّها على طهر من غير جماع يوم خيّرها ، قال : فقال له محمّد بن مسلم : أصلحك الله ما إقرار المرأة ههنا ؟ قال: يشهد الشاهدان عليها بذلك للرّجل حذراً أن تأتي بعد فتدّعي أنّه خيّرها وهي طامث فيشهدان عليها بما سمعا وإنّما يقع عليه الطلاق إذا اختارت نفسها قبل أن تقوم .

وأمّا الخلع والمباراة فإنّه يلزمها إذا أشهدت على نفسها بالرّضا فيما بينها وبين زوجها بما يفترقان عليه في ذلك المجلس فإذا افترقا على شيء ورضيا به كان ذلك جائزاً عليهما وكانت تطليقة بائنة لارجعة له عليها سمّى طلاقاً أولم يسمّ ولا ميراث بينهما في العدّة . قال : والطلاق و التخيير من قبل الرّجل و الخلع والمباراة من قبل المرأة[٣] » .

﴿ و المباراة هوأن يقول بارأتك على كذا وهي تترتّب على كراهية الزّوجين كلّ منهما صاحبه ويشترط اتباعها بالطلاق على قول الأكثر والشرائط المعتبرة في الخالع و المختلعة مشترطة هنا ولا رجوع للزّوج إلّا أن ترجع هي في البذل ، و إذا خرجت من العدّة فلا رجوع لها ويجوز أن تفاديها بقدر ما وصل إليها منه فما دون ولا يحلّ له ما زاد عنه ﴾ .

المباراة المفارقة وعدّت قسم من الخلع ولذا أثبتوا لها أحكام الخلع من دون أن

يدل دليل على تنزيلها منزلة الخلع ومن الأخبار الواردة في المقام مارواه ثقة الاسلام في الموثق عن سماعة قال : « سألته عن المباراة كيف هي ؟ فقال : تكون للمرأة شيء على زوجها من صداق أو من غيره قد أعطاها بعضه فيكره كلٌّ منهما صاحبه فتقول المرأة لزوجها : ما أخذت منك فهو لي وما بقي عليك فهو لك وأُبارئك فيقول الرَّجل لها : فإن رجعت في شيء ممّا تركت فأنا أحقُّ ببضعك [1]» .

ورواه الشيخ في التهذيب عن سماعة عن أبي عبدالله وأبي الحسن عليهما السلام مثله [2] .

و عن أبي بصير في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال : «المباراة تقول المرأة لزوجها لك ماعليك واتركني ، أو تجعل له من قبلها شيئاً فيتركها إلّا أنّها يقول : فان ارتجعت في شيء فأنا أملك ببضعك ولا يحلُّ لزوجها أن يأخذ منها إلّا المهر فما دونه [3]» .

وما رواه في الكافي و التهذيب عن أبي الصباح الكناني قال : قال أبوعبدالله عليه السلام « إن با رأت امرأة زوجها فهي واحدة وهو خاطب من الخطّاب [4]» .

وما رواه في التهذيب عن إسماعيل الجعفيّ عن أحدهما عليهما السلام قال : « المباراة تطليقة بائن وليس فيها رجعة [5]» .

فاستفيد من هذه الأخبار اعتبار كراهية كلٍّ من الزّوجين بمقتضى موثّق سماعة وبذل المرأة وعدم حليّة ما يأخذ الزّوج أزيد من المهر بل يأخذ المهر وما دونه وانقطاع العصمة و بينونة المرأة إلّا أن ترجع المرأة إلى ما بذلت . و كون المباراة تطليقة حقيقة أو بمنزلتها فيعتبر فيها ما يعتبر في الطلاق والصيغة بحسب موثّق سماعة المذكور «أُبارئك» و يظهر من بعض هذه الأخبار كفاية أن تقول المرأة لزوجها : لك ما عليك و اتركني أو تجعل له من قبلها شيئاً فيتركها .

---

(١) و (٢) الكافي ج٦ ص ١٤٢ . والتهذيب ج ٢ ص ٢٧٧ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٤٣ .

(٤) الكافي ج ٦ ص ١٤٢ .والتهذيب ج ٢ ص ٢٧٧ .

(٥) المصدر ج٦ ص ٢٧٧ .

و أمّا اشتراط اتباعها بالطلاق فهو المشهور بل ادّعي عليه الإجماع و النصوص خالية عن اعتبار اتباعها بالطلاق بل موثّق جميل بن درّاج عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « المباراة تكون من غير أن يتبعها الطلاق(١) » يستفاد منه عدم اعتباره ، لكن مخالفة المشهور مشكلة حيث نسب الشيخ في التهذيب بعد إيراده الرّوايات ، الاتباع بالطلاق إلى الأصحاب المحقّقين من تقدّم منهم ومن تأخّر وحمل الرّواية يعني رواية جميل ظاهراً على التقيّة و استشكل صاحب المدارك في شرحه على النافع من خلوّ الأخبار المتعرّضة للمباراة المترتّبة عليها أحكامها بلفظ الطلاق وكذا صاحب الحدائق .

ثمّ إنّه وقع الخلاف فيما يؤخذ من فدية المباراة بعد الاتّفاق على أنّه لا يجوز الزّيادة على ما أعطاها فالمشهور أنّه يجوز له المهر فما دونه ، و ذهب جمع إلى أنّه لا يؤخذ إلّا دون ما دفع إليها ويدلّ عليه ما رواه في الكافي عن زرارة في الصحيح أو الحسن بإبراهيم بن هاشم ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : « المبارئة يؤخذ منها دون الصداق و المختلعة يؤخذ منها ماشاء أو ما تراضيا عليه من صداق أو أكثر ، وإنّما صارت المبارئة يؤخذ منها دون المهر و المختلعة يؤخذ منها ما شاء لأنّ المختلعة تعتدي في الكلام و تكلّم بما لا يحلّ لها(٢) » .

ولا مجال للقدح في هذه الرّواية من جهة القطع لأنّ السند في الكافي متّصل لا قطع فيه ولا للقدح في خبر أبي بصير باشتراك أبي بصير لأنّ الرّاوي عن أبي بصير هنا عبد الله بن مسكان و هو من قرائن أنّه ليث المرادي الثقة الجليل .

وقد يجمع بين المتعارضين بحمل رواية الأقلّ من المهر على الأفضل ، و إن جاز له أخذ الجميع . ويمكن أن يقال: يقوي قول الأكثر من جواز أخذ الأكثر بعمل المشهور و إطلاق بعض الأخبار الواردة في المقام كرواية محمّد بن مسلم في الصحيح قال: « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة قالت لزوجها: لك كذا و كذا وخلّ سبيلي؟ فقال :

---

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٨٨ و الاستبصار ج٣ ص ٣١٩ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٤٢ .

هذه المباراة [١]» .

وما عن عبدالله بن سنان في الموثّق عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « المباراة تقول لزوجها: اك ما عليك وبارئني فيتركها ، قال : قلتُ : فيقول لها : إن ارتجعت في شيء فأنا أملك ببضعك ؟ قال : نعم [٢]» .

حيث إنّ هذين الخبرين ظاهران في بيان حقيقة المباراة فيبعد تقييدهما بقيد له المدخليّة في الحقيقة فتأمّل حيث إنّ لازم هذا عدم مدخليّة الكراهة ولا الصيغة بارأتك أو اُبارئك وهو خلاف ما التزموا به . والحمد لله أوّلاً وآخراً .

تمّ الجزء الرّابع ويليه كتاب الكفّارات في الجزء الخامس



(١) و (٢) الكافي ج٦ ص ١٤٢ و ١٤٣ .

فهرست

